PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O Tribunal Penal Internacional e o caso Al-Bashir –
a possibilidade do *lone génocidaire* e a política de
Estado**

por

Victoria Freitas de Linhares e Riello

ORIENTADOR(A): Profa. Dra. Carolina de Campos Melo

2019.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

O Tribunal Penal Internacional e o caso Al-Bashir – a possibilidade do *lone génocidaire* e a política de Estado

por

Victoria Freitas de Linhares e Riello

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Profa. Dra. Carolina de Campos Melo

2019.2

Dedico esse trabalho às defensoras dos direitos humanos em todo o globo, empoderadas e empoderadoras, que não mais serão apagadas da História.

Agradecimentos

Há muitas pessoas a quem gostaria de agradecer pelo apoio nesse processo, mas acima de todos está minha família. Aos meus pais, Anna e Eduardo, pelo amor, por terem me dado todas as oportunidades possíveis e por me ensinarem o valor da educação. Aos meus irmãos, Arthur e Erica, pelo carinho e por incitarem em mim a dedicação necessária para esse estudo, e para a vida. À minha família escolhida, Thayssa e Maria José, pelo apoio incondicional nessa jornada.

Agradeço aos amigos de faculdade, especialmente Mayara, Natany, Paula, Gabriela, Jade, Aléxia e Bernardo, companheiros de toda a graduação; Helena e Natália, que me acompanham desde nossa participação no GEADICI; Jéssica, Giovana e João Luiz, com quem partilho o amor pelo Direito Internacional. Registro, aqui, agradecimento especial ao João Luiz, pois sem suas revisões – e paciência – esse trabalho não teria acontecido.

Pelo apreço e amor que tenho à proteção dos direitos humanos, agradeço ao CISV e seus voluntários, por inspirarem em mim o desejo de lutar por um mundo mais justo e pacífico. Igualmente, agradeço ao Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da DPGE/RJ, e todos que ele integram. Especificamente, agradeço ao coordenador Fábio Amado, com quem trabalhei diretamente pela maior parte do tempo, por acreditar no meu potencial e por me ensinar como utilizar o Direito para exercer impacto positivo na sociedade.

Finalmente, imperioso agradecer aos professores que vêm me acompanhando nessa jornada. Em primeiro lugar, agradeço à minha orientadora, Carolina de Campos Melo, pelo encorajamento a ir sempre além do esperado, e pela compreensão durante todo o tempo de confecção desse trabalho. Ainda, agradeço aos professores Conor Foley e Florian Hoffmann – que têm sido fundamentais em incentivar o estudo dos direitos humanos e do direito humanitário – pela inspiração.

Resumo

O presente trabalho visa a análise da hipótese do *lone génocidaire* frente à possível existência de um requisito de política estatal no crime de genocídio. A possibilidade de um único indivíduo ser responsável por todo um genocídio se choca com a existência de um elemento contextual, que pode se caracterizar pela participação de um Estado, ou mesmo apenas na configuração de um plano, de tal forma que o crime de genocídio deve ser considerado por sua sistematicidade. A análise da jurisprudência aponta nas mais diversas direções, bem como a doutrina, porém são levantados precedentes dos casos *Jelisić* e *Kayishema* para sustentar que não é plausível entender o genocídio fora da lente da sistematicidade na prática, ainda que a teoria permita a hipótese do *lone génocidaire*. Dessa sorte, o estudo do caso *Al-Bashir* perante o Tribunal Penal Internacional parece confirmar essa visão, à medida que o juízo analisou a razoabilidade de Omar Al-Bashir ser, sozinho, responsável por todo o genocídio em Darfur.

Palavras-chave

Direito Penal Internacional, genocídio, *lone génocidaire*, elemento contextual, caso *Al-Bashir*.

Sumário

Lista de abreviações.....	7
Introdução.....	8
Capítulo I: O crime internacional de genocídio e seus marcos normativos.....	15
1.1 A proibição do genocídio como norma de Direito Internacional	16
1.2 Formação histórica do Direito Penal Internacional e a consolidação da justiça penal internacional.....	26
1.3 O genocídio como crime e a incidência de responsabilidade criminal individual	33
1.4 A qualidade oficial no Estatuto de Roma e o regime de imunidades clássico do DIP	38
Capítulo II: A possibilidade do <i>lone génocidaire</i> frente à questão da existência de um requisito de política estatal (<i>policy requirement</i>).....	42
2.1 O caso <i>Jelisić</i> e a introdução da possibilidade jurídica do <i>lone génocidaire</i>	45
2.2 Análise da existência do requisito de política ou plano no crime de genocídio.....	52
2.2.1 A política estatal como elemento implícito do tipo	54
2.2.2 Dualidade entre a conduta individual e o nível coletivo de ação genocida	58
2.2.3 A exigência de uma política é incompatível com o texto convencional..	62
2.3 A questão da prova da intenção na hipótese do <i>lone génocidaire</i>	65

Capítulo III: O caso <i>Promotor v. Omar Al-Bashir</i> – o convite ao Tribunal Penal Internacional à análise do <i>lone génocidaire</i>	72
3.1 Conflito no Sudão e crise humanitária em Darfur	72
3.2 O Relatório da Comissão Internacional de Inquérito sobre Darfur e o reconhecimento implícito do requisito de política estatal.....	80
3.3 Procedimento perante o TPI.....	90
3.3.1 A Decisão sobre o Requerimento da Promotoria para a Emissão de um Mandado de Detenção contra Omar Al-Bashir, de 4 de março de 2009 (“Primeira Decisão”).....	93
3.3.2 Voto Separado e Parcialmente Dissidente da Juíza Anita Ušacka	103
3.4 Críticas à atuação do TPI	108
Conclusão.....	113
BIBLIOGRAFIA	117

Lista de abreviações

CCEC – Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja

CESL – Corte Especial para Serra Leoa

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CSNU – Conselho de Segurança das Nações Unidas

DIP – Direito Internacional Público

DLF – Frente de Libertação de Darfur

DPI – Direito Penal Internacional

ECOSOC – Conselho Econômico e Social das Nações Unidas

JEM – Movimento por Justiça e Igualdade

JI – Juízo de Instrução

JJPI – Juízo de Julgamento em Primeira Instância

JR – Juízo de Recursos

ONU – Organização das Nações Unidas

PDF – Forças Populares de Defesa

PECGCD – Painel Especial para Crimes Graves da Corte de Dili, Timor Leste

SGNU – Secretário(a) Geral das Nações Unidas

SPLM/A – Movimento e o Exército de Libertação do Povo do Sudão

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPII – Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia

TPIR – Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

UNAMID – Missão das Nações Unidas e da União Africana em Darfur

UNMIS – Missão das Nações Unidas no Sudão

Introdução

Segundo o filósofo contemporâneo Jean-Paul Sartre, “o fato do genocídio é tão antigo quanto a Humanidade”.¹ A história do homem é uma história, sem dúvidas, marcada pelo desejo de dominação. A dominação de certos povos por outros é a tônica de diversos processos históricos – inclusive, da “descoberta” de nosso país. Afinal, à época da chegada dos portugueses ao que hoje chama-se Brasil, viviam aqui algo em torno de dez milhões de pessoas, nativos de 2.000 tribos,² os quais foram brutalmente exterminados, escravizados, e violados pelo colonizador europeu.

Esse processo de dominação, que por séculos foi visto como inerente à civilização, passou a ser questionado no séc. XX e, principalmente, após a II Guerra Mundial. E então, nesse momento, há uma confluência de interesses entre diversos povos e Estados, que dão origem a uma verdadeira comunidade internacional – e, com ela, um conjunto de valores. Principalmente, a partir de então, se construiu um consenso sobre a reprovabilidade de certos crimes, como foi o caso dos crimes contra a humanidade e do genocídio.

Ainda assim, mais de 70 anos após o genocídio ter sido codificado pela primeira vez, a Humanidade ainda sofre com diversas práticas genocidas. Vê-se, então, que a normatização do crime de genocídio não foi capaz de deter campanhas de dominação perpetradas pelo mundo.

Atualmente, tem-se acesso a todo tipo de informação sobre as atrocidades cometidas em qualquer lugar do globo, de forma que a opinião pública se apresenta como ferramenta fundamental na luta pelos direitos humanos. Nesse

¹ SARTRE, Jean-Paul. On Genocide. In: FALK, R.; KOLKO, G.; LIFTON, R., (Eds.). *Crimes of War*. Nova Iorque: Random House, 1971. p. 534.

² SURVIVAL BRASIL. História. Disponível em <<https://www.survivalbrasil.org/povos/indios-brasileiros>>. Acesso em 31 out. 2019.

ponto, a atuação da sociedade civil é de extrema valia em condenar, publicamente, esses atos.

No entanto, em termos de Direito Penal, a opinião pública e seus juízos podem ser perversos – condenando sem provas, tratando como culpados aqueles que são, em verdade, acusados –, principalmente em casos de grande repercussão, como costumam ser aqueles que chegam ao Tribunal Penal Internacional. O Tribunal tem jurisdição sobre aqueles considerados os crimes que abalam a consciência humana, quais sejam: os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, o genocídio e o crime de agressão.

Os acusados perante o TPI dificilmente escapam ao escrutínio da mídia internacional, sendo a opinião pública largamente favorável a condenações. Esse desejo de ver condenados aqueles que parecem ser responsáveis pelas maiores violações de direitos humanos esbarra, justamente, na esfera de direitos dos acusados, criando uma tensão entre a vontade de alguns e os direitos de outros. Assim, a tarefa do TPI se torna ainda mais árdua, à medida que deve promover julgamentos justos, com base em altos *standards* de conduta e procedimento, tendo como norte a devida aplicação da lei.

Nesse cenário se insere o presente trabalho monográfico, motivado, por um lado, pelo anseio de defender as vítimas de violações e sua memória, e, por outro, pelo apreço ao direito de defesa e do devido processo legal, que são a base de qualquer justiça penal democrática.

Especificamente, o genocídio ocupa um lugar no imaginário social como um crime de ainda maior reprovabilidade, e por isso se tornou um tipo penal próprio, separado daqueles que lhe deram origem: os crimes contra a humanidade. Essa relação entre os dois crimes permeia toda a discussão sobre os elementos constitutivos do crime de genocídio.

É justamente nos elementos do tipo penal genocídio que se encontra o foco desse trabalho. Pretende-se, por meio da compilação e análise de doutrina e jurisprudência, questionar se a existência de um elemento contextual é parte imprescindível do crime. Tal elemento, que pode se traduzir em um plano, uma política estatal, ou simplesmente um nível coletivo de atividade genocida, invoca uma discussão fundamental sobre o genocídio: o envolvimento de Estados. Assim, pode-se encarar o genocídio como um crime de Estados, ou como um crime de indivíduos.

Nesse ponto, indaga-se se seria possível que um único indivíduo fosse responsável por todo um genocídio. Historicamente, a experiência de genocídios envolveu um alto grau de sistematicidade, o que, comumente, estava atrelado a um suporte estatal. No entanto, não há referência explícita no Estatuto de Roma à existência de um plano, razão pela qual muitos autores e juízes entendem não ser esse um elemento necessário para a configuração do tipo. Em contrapartida, é difícil visualizar, na prática, como uma única pessoa poderia ser responsável por um crime que tão comumente se dá em larga escala.

Portanto, a hipótese do *lone génocidaire* – vale dizer, do genocídio perpetrado por um só indivíduo – é inteiramente dependente da análise sobre a existência de um requisito de política estatal. Assim, esse trabalho pretende elucidar as diferentes correntes sobre a aplicabilidade desse requisito e suas consequências para a hipótese em questão. Igualmente, a relevância desse trabalho está em auxiliar o entendimento sobre o “crime dos crimes”, e tentar entender de que forma a construção da hipótese do *lone génocidaire* na jurisprudência pode impactar a proteção do acusado, bem como a efetiva tutela judicial sobre o crime de genocídio.

Como forma de ilustrar essa problemática, escolheu-se analisar o caso *Al-Bashir* perante o TPI, por ser o único caso de um chefe de Estado acusado de

genocídio perante esse tribunal. Na qualidade de chefe de Estado, Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, ex-presidente e ditador do Sudão, ilustra a possibilidade de todo um genocídio recair sobre uma única pessoa, sendo que uma discussão fundamental do caso é até que ponto Al-Bashir representa o próprio Estado sudanês. O caso *Al-Bashir* marca também a primeira vez que o Conselho de Segurança da ONU utilizou sua prerrogativa de referir situações ao TPI. A Promotoria abriu investigações sobre a situação em Darfur em junho de 2005, tendo como foco principal as alegações de crimes contra a humanidade e genocídio, e em março de 2009 foi emitido pelo JI o primeiro mandado de prisão contra o então-presidente Al-Bashir.

A situação em Darfur, e o caso *Al-Bashir* especificamente, contam com particularidades que impactam de forma decisiva o trabalho do TPI. Além de a situação ter sido referida pelo CSNU, o Sudão não é um Estado-membro do Estatuto de Roma, o que significa que não há cooperação do Estado com os esforços da Promotoria. Mais importante, contudo, é a situação do ex-presidente como único acusado de genocídio em Darfur – muito embora a comissão de *experts* internacionais que investigou as alegações de violações generalizadas em Darfur, cujo mandato foi igualmente criado pelo CSNU, tenha concluído que o governo sudanês não implementou uma política de genocídio.

Frente a esse cenário, se coloca mais uma vez em discussão a hipótese do *lone génocidaire* e a existência de um requisito de política ou contexto genocida para a configuração do tipo penal. Vale destacar que o caso *Al-Bashir*, mesmo que ainda em fase de instrução, já contou com reforma de decisões, *briefs* de Estados-parte como Jordânia e África do Sul, e extenso debate na doutrina. Assim, apresenta terreno fértil para a análise de como a teorização acerca do *dolus specialis*, da exigência de política estatal e da hipótese do perpetrador único se aplica à luz da realidade.

Consequentemente, para que se possa apreciar de forma apropriada as questões suscitadas pelo caso *Al-Bashir*, o trabalho parte da análise teórica para, ao final, aplicá-la à prática.

No capítulo I, o genocídio é colocado em foco sob uma perspectiva histórica e, em seguida, jurídica. O histórico de codificação do genocídio no âmbito da ONU demonstra a consolidação da *opinio juris* dos Estados desde 1948. O direito costumeiro foi invocado em múltiplos instrumentos relevantes, bem como em decisões da Corte Internacional de Justiça, analisadas no primeiro item do capítulo I. Sem dúvidas, a cristalização do costume contribuiu para que, em 1993, fosse criado o primeiro tribunal internacional capaz de responsabilizar criminalmente indivíduos por genocídio. Com o estabelecimento no ano seguinte de outro tribunal *ad hoc*, houve uma proliferação de jurisprudência sobre os crimes internacionais. O desenvolvimento histórico do DPI é tratado na segunda parte desse capítulo.

A seguir, nos voltamos ao genocídio como crime, sob a normativa do Estatuto de Roma. Nesse momento, discute-se a estrutura do genocídio como tipo penal, que é objeto de forte divergência. A intenção específica de destruir constitui o elemento subjetivo do crime, sem o qual não se pode configurar a hipótese do tipo penal. Assim, mapeamos as diferentes abordagens propostas na doutrina para interpretar o *dolus specialis*.

Por conseguinte, tratar-se-á da condição de Chefes de Estado no TPI. Nota-se que, em termos de DPI, não se aplica o regime de imunidades característico do DIP. Igualmente, elucida-se a chamada defesa de ‘qualidade oficial’, diferenciando-a da imunidade de jurisdição, e a defesa de ‘obediência hierárquica’, por serem afetas à posição de autoridade dos Chefes de Estado na estrutura estatal.

É na jurisprudência dos tribunais *ad hoc* que se inicia o capítulo II, com a análise do caso *Jelisić*, julgado pelo TPII em 1999, como paradigma para a hipótese do *lone génocidaire*. O caso em questão lidava com a possibilidade de um único acusado ser responsabilizado por um genocídio todo-inclusivo (*‘all-inclusive genocide’*), sem existir um plano ou política estatal genocida. Nesse ponto, o TPII sequer havia estabelecido a existência de um genocídio na Bósnia, no sentido estritamente jurídico, tendo muitos autores reconhecido se tratar, em realidade, de limpeza étnica.

Nesse contexto, o caso *Jelisić* ilustra uma dificuldade central das acusações de genocídio no geral, e mais ainda no caso do *lone génocidaire*, que é a prova do *dolus specialis* – o que, como se vê no segundo tópico do capítulo, está diretamente conectado com o questionamento sobre a existência de uma política estatal como elemento do crime de genocídio. O debate sobre a possível exigência de um nível coletivo de atividade genocida ou de uma política de Estado é ilustrado pela análise de doutrina na segunda parte do capítulo, uma vez que essa problemática não foi tratada de forma aprofundada na jurisprudência internacional.

Ao fim do capítulo, nos direcionamos à prática dos tribunais internacionais na determinação da intenção do acusado. Assim, a terceira parte do capítulo II demonstra os principais critérios desenvolvidos pela jurisprudência para avaliação do dolo específico, bem como proposições de autoridades doutrinárias.

Finalmente, chegamos ao estudo de caso sobre *Promotor v. Omar Al-Bashir*, em curso perante o TPI. Esse caso é emblemático de diversas formas – ele marca o primeiro caso de genocídio processado sob a égide do Estatuto de Roma; a primeira vez que um Chefe de Estado é objeto de um mandado de detenção pelo TPI; e, para os propósitos desse trabalho, o primeiro e (até o

momento) único pronunciamento do tribunal sobre a existência de um requisito de política estatal no crime de genocídio.

Em primeiro lugar, descreve-se de forma breve o contexto em que se insere o caso. Passando por uma análise histórica dos conflitos étnicos no Sudão e, especificamente, em Darfur, discute-se a resposta da comunidade internacional à crise humanitária e a atuação do Conselho de Segurança da ONU.

Em seguida, passa-se à discussão sobre os trabalhos da Comissão Internacional de Inquérito sobre Darfur. Avalia-se a argumentação da Comissão no que tange aos grupos protegidos pela Convenção de Genocídio, bem como suas colocações sobre a existência de uma política estatal genocida no âmbito do Estado sudanês. Por conseguinte, discorremos sobre a história procedimental do caso *Al-Bashir*. Nesse diapasão, são analisadas as decisões do TPI até o momento no caso *Al-Bashir*, com recurso principalmente à doutrina, já que a jurisprudência quanto à hipótese do *lone génocidaire* é escassa.

Por fim, evidencia-se a importância das formulações trazidas na primeira decisão, no voto parcialmente dissidente, e as críticas trazidas na doutrina. Igualmente, analisamos o impacto de tais formulações sobre a hipótese do *lone génocidaire*, apontando também as nuances da transposição da hipótese à prática.

Logo, após a análise das limitações práticas da hipótese em comento, concluímos esse trabalho com algumas considerações sistemáticas sobre o crime de genocídio. Também, se expõe de que forma as diferentes interpretações do elemento contextual impactam a caracterização do tipo penal, e as vantagens e desvantagens inerentes a essas.

Capítulo I: O crime internacional de genocídio e seus marcos normativos

Nesse capítulo, buscar-se-á delinear a evolução da norma proibitiva do genocídio, desde sua criação, até sua incorporação ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Em primeiro lugar, vamos analisar o histórico da comunidade internacional na tentativa de codificar esse crime. Também no primeiro tópico, são discutidas algumas decisões e opiniões da CIJ que impactaram a cristalização da proibição do genocídio como norma costumeira de direito internacional.

Por conseguinte, uma vez delineados os contornos da proibição do genocídio, nos tornamos ao estudo do DPI como campo normativo autônomo dentro do DIP. Assim, nos referimos ao Tribunal de Nuremberg e seus princípios consolidados, à criação de tribunais penais internacionais *ad hoc*, chegando, por fim, ao sistema do TPI trazido no Estatuto.

Como o DPI inaugura a possibilidade de responsabilidade criminal individual, é necessário entendê-lo como um sistema normativo, para então entender a construção do genocídio como tipo penal. Dessa forma, a terceira parte desse capítulo destaca os elementos constitutivos do tipo penal, com especial atenção ao dolo específico, e seus contornos práticos para as acusações.

Finalmente, tendo em vista o propósito de analisar o caso *Al-Bashir*, o quarto tópico desse capítulo discute a questão da imunidade internacional de certos agentes. Apesar de essa imunidade ser a regra em matéria de DIP, ela não se aplica ao TPI, havendo dispositivo que expressamente a afasta.

1.1 A proibição do genocídio como norma de Direito Internacional

O genocídio ocupa um lugar de destaque no imaginário da comunidade internacional como “o crime de todos os crimes”.³ O termo genocídio foi cunhado pelo jurista polonês Raphael Lemkin em referência ao Holocausto judeu, julgado em Nuremberg.⁴

Não obstante, a ocorrência de genocídios não é de qualquer forma um acontecimento novo, restrito ao último século. Historicamente, o genocídio como a destruição total ou parcial de um grupo em razão de uma característica inerente a esse, como etnia ou religião, com o objetivo de atingir determinados objetivos políticos,⁵ remonta a eventos que tocam diretamente a concepção da História do Brasil, por exemplo: o genocídio contra povos indígenas e povos pré-Colombianos na América Latina; o genocídio de diversos povos africanos no estabelecimento do sistema escravagista colonial europeu; e, atualmente, o genocídio negro, assim defendido por sociólogos brasileiros.

No entanto, a definição jurídica de genocídio é bastante recente. Em 1946, a Assembleia Geral das Nações Unidas emitiu a Resolução 96(I), proposta por Cuba, Índia e Panamá, com o objetivo de tornar o genocídio um crime internacional.⁶ Os respectivos representantes diplomáticos expressaram sua preocupação com o fato de que no Tribunal de Nuremberg, que será discutido em maior detalhe no próximo tópico, o alto comando do Partido Nazista alemão não fora condenado por certos atos, sob o argumento de terem sido cometidos antes do início de uma guerra. Como o direito internacional vigente à época não continha a proibição do genocídio, os atos genocidas pré-guerra não podiam ser

³ Assim disse o TPIR, no caso *Promotor v Kambanda* (ICTR-97-23-S). Julgamento e Sentença. Juíza-Presidente Laity Kama. Arusha. 4 set. 1998. § 16.

⁴ LEMKIN, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Washington: Carnegie Endowment for World Peace, 1944.

⁵ MENNECKE, Martin. *The Crime of Genocide and International Law*, p. 145. Disponível em <<https://www.niod.nl/sites/niod.nl/files/International%20Law.pdf>>. Acesso em 30 out. 2019.

⁶ ONU. Assembleia Geral. *The Crime of Genocide*. UN Doc. A/RES/96(I), 11 dez. 1946.

considerados crimes, em vistas ao princípio *nullum crimen sine lege*, enquanto os atos após o início da guerra configuravam crimes de guerra ou crimes contra a humanidade.⁷ Dessa forma, a Resolução 96(I), aprovada de forma unânime em 11 de dezembro de 1946, declarou que “o genocídio é uma negação do direito de existência de grupos humanos inteiros, como o homicídio é a negação do direito à vida de indivíduos”, estando em total oposição ao espírito e aos objetivos das Nações Unidas.⁸

Além disso, essa resolução se refere à punição do crime de genocídio como uma questão de importância internacional – e, mais além, declara que esse é um crime no Direito Internacional e que os responsáveis por esse crime são puníveis. Esse instrumento, muito embora não seja juridicamente vinculante, contém, até certo ponto, caráter normativo.⁹ Seguindo o ditame da Corte Internacional de Justiça adotado no *Nuclear Weapons Case*, as resoluções da Assembleia Geral podem ser indicativas da existência de uma regra ou da emergência de *opinio juris*, característica fundamental da existência de um costume internacional.¹⁰ Por essa razão, é válido dizer que uma resolução adotada unanimemente é um forte indicador da *emergência* de uma norma, qual seja, a da proibição do genocídio – ainda em seus primeiros estágios.

Nos bastidores da Resolução 96(I), crescia entre os Estados o desejo de elaborar uma convenção sobre a matéria.¹¹ Em 1947, foi elaborada pelo

⁷ SCHABAS, William A. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. 2ª ed. Galway: Cambridge University Press, 2009. p. 52.

⁸ “Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and is contrary to the moral law and to the spirit and aims of the United Nations.”

⁹ SCHABAS, 2009, Op. cit., p. 56.

¹⁰ CIJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Opinião Consultiva. Haia. 8 jul. 1996. ICJ Reports 1996, p. 226-267, § 70.

¹¹ A Arábia Saudita propôs uma minuta de convenção enquanto a Resolução 96(I) ainda estava em debate, que consistia de apenas preâmbulo e quatro artigos. A iniciativa saudita foi seguida por proposta da União Soviética ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC) para que esse iniciasse trabalhos preparatórios para uma convenção sobre a luta contra discriminação racial.

Secretariado-Geral da ONU, em consulta a três experts (incluindo Raphael Lemkin), a primeira minuta oficial de uma convenção internacional sobre o genocídio.¹² Essa minuta já previa importantes dispositivos que, no ano seguinte, seriam incorporados à Convenção sobre a Repressão e Punição do Crime de Genocídio, como a obrigação dos Estados contratantes de criarem legislação doméstica que punisse o genocídio (art. VI), a exclusão da defesa de obediência hierárquica (art. V), e a obrigação de extradição (art. VIII). Igualmente, já se discutia naquele momento quais seriam os grupos protegidos pela Convenção, uma questão até hoje fortemente debatida.¹³

Em 1948, o ECOSOC comissionou um comitê *ad hoc* para a apresentação da minuta final da Convenção de Genocídio, com representantes da China, dos Estados Unidos, da França, do Líbano, da Polônia, da União Soviética e da Venezuela. Uma importante previsão adotada nesse momento era a de que chefes de Estado, oficiais públicos e indivíduos fossem puníveis sob a égide da Convenção.¹⁴ Por outro lado, houve grande discussão sobre a forma de implementação das obrigações contidas na convenção – isto é, se caberia aos Estados internamente implementar os dispositivos da convenção, ou se era necessária a criação de um mecanismo de justiça penal internacional, pois os crimes, muitas vezes, envolviam os próprios Estados.¹⁵

Finalmente, em 9 de dezembro de 1948, foi adotada a Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, sendo o primeiro tratado de direitos humanos adotado no âmbito da ONU. A Convenção entrou em vigor em

¹² ONU. Conselho Econômico e Social. *Draft Convention on the Crime of Genocide*. UN Doc. E/447 (1947), 26 jun. 1947.

¹³ A questão dos grupos protegidos é explicada em maior detalhe no cap. 3.2.

¹⁴ ONU. Conselho Econômico e Social. *Ad Hoc Committee on Genocide, Summary Record of the Eighteenth Meeting*. UN Doc. E/AC.25/SR.18, 26 abr. 1948, p. 4.

¹⁵ SCHABAS, 2009, Op. cit., p. 76.

12 de janeiro de 1951, após o número de assinaturas necessárias, e atualmente conta com 151 Estados signatários.¹⁶

No seio da Convenção de Genocídio de 1948, a comunidade internacional buscava dar fim à impunidade quanto a esse crime, estabelecendo em seu art. II sua definição:

Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como: (a) assassinato de membros do grupo; (b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; (c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; (d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; (e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.¹⁷

Segundo o Prof. William Schabas, a definição jurídica do crime de genocídio na esfera internacional é restritiva, o que pode ser atribuído ao fato da Convenção estabelecer ‘obrigações extraordinárias’ aos Estados-parte no que tange à prevenção e à punição do crime.¹⁸ Por essa mesma razão, muitos Estados deixaram de ratificar o instrumento, desconfortáveis com certos ônus impostos – como o julgamento e extradição de chefes de Estado.

Com efeito, a partir da entrada em vigor da Convenção de Genocídio, a proibição dessa prática se tornou norma convencional, obrigatória para aqueles Estados que tivessem ratificado o tratado. No entanto, a CIJ, em opinião consultiva de 1951, quando instada a responder sobre a possibilidade de Estados formularem reservas à Convenção, defendeu que a proibição do genocídio gozava de *status* diferenciado entre as normas de direito internacional.

¹⁶ ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DO GENOCÍDIO E RESPONSABILIDADE DE PROTEGER. *Fatos essenciais sobre a Convenção de Genocídio*. Disponível em <<https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide-convention.shtml>>. Acesso em 30 out. 2019.

¹⁷ BRASIL. Decreto n. 30.882, de 6 mai. 1952. *Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*, Rio de Janeiro, RJ, mai. 1952..

¹⁸ SCHABAS, 2009, Op. cit., p. 3.

Em *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, a Corte foi instada a se manifestar sobre a possibilidade de Estados formularem reservas especificamente a essa Convenção. Os Estados-partes inquiriram sobre essa possibilidade porque o texto da Convenção não possui menção expressa sobre a possibilidade de reserva – porém, muitos dos Estados questionavam a compatibilidade de certas reservas com os dispositivos.¹⁹ Em relação à Convenção de Genocídio, o critério determinante sobre a validade convencional da reserva era a compatibilidade da reserva formulada com o propósito do tratado – qual seja, proibir, punir e reprimir o genocídio. Dessa forma, a Corte não poderia, *a priori*, dar uma resposta absoluta, já que a compatibilidade ou não de uma reserva dependeria de uma análise casuística.²⁰

Segundo a opinião emanada, o genocídio abala diretamente as bases morais da Humanidade, e é contrário aos objetivos das Nações Unidas. A Convenção era, então, dotada de verdadeira missão civilizatória, à medida em que seus dispositivos confirmam e dão suporte aos “mais elementares princípios da moralidade”.²¹ Nesse sentido, a Corte declarou que tais princípios éticos eram reconhecidos pelas nações civilizadas como obrigações jurídicas dos Estados, que os vinculavam, ainda que não houvesse obrigação convencional. Consequentemente, há o reconhecimento dessa proibição como norma

¹⁹ ONU. Assembleia Geral. *Reservations to multilateral conventions*. UN Doc. A/RES/478, 16 nov. 1950. A opinião consultiva, publicada em 28 de maio de 1951, é de enorme importância para o Direito Internacional Público, uma vez que trata de uma das fontes de direito elencadas no art. 38 do Estatuto da CIJ, e sua interpretação. Nessa ocasião, a Corte entendeu que, se um tratado não faz menção a reservas, não há nele uma proibição implícita – em realidade, o mecanismo de reservas deve ser adequado à natureza, ao propósito e aos dispositivos do tratado.

²⁰ “It was the compatibility of the reservation with the purpose of the convention which must furnish the criterion of the attitude of the State making the reservation, and of the State which objected thereto. The Court did not consider that it was possible to give an absolute answer to the abstract question put to it.” CIJ. *Overview of the case*. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/en/case/12>>. Acesso em 30 out. 2019.

²¹ “It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality.” *Reservations to the Convention on Genocide*, Op. cit., p. 23.

peremptória de Direito Internacional, fazendo parte de um *corpus iuris* inderrogável, mesmo para aqueles Estados que não tenham adotado a Convenção.²²

Assim, pode-se afirmar que o cerne da Convenção, sua própria *raison d'être*, era de que a prevenção e repressão do genocídio tomassem caráter universal. Dessa forma, a Corte começa, já em 1951, a traçar uma linha condutora para o comportamento dos Estados: uma vez reconhecido o caráter *jus cogens* da proibição do genocídio, nenhum Estado poderia arguir sua não-aderência à norma para agir de forma contrária a essa obrigação. Esse caminho, aberto pela opinião consultiva, vem a ser 'repisado' pelos Estados, criando a base para a criação e posterior afirmação de um costume internacional.²³

Nesse cenário, em 2006, a CIJ veio a tratar de contenda que versava, entre outras questões, sobre a validade de uma reserva feita à Convenção de Genocídio. Em *2006 Armed Activities on the Territory of the Congo (D.R.C. v. Rwanda)*,²⁴ a República Democrática do Congo (RDC) instituiu litígio perante a CIJ contra Ruanda por violações graves de direitos humanos e Direito Internacional Humanitário, resultantes de atos de agressão armada perpetrados

²² Ibid. p. 23-24.

²³ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 62. "One particular analogy that has been used to illustrate the general nature of customary law was considered by De Visscher. He likened the growth of custom to the gradual formation of a road across vacant land. After an initial uncertainty as to its direction, the majority of users begin to follow the same line which becomes a single path. Not long elapses before that path is transformed into a road accepted as the only regular way, even though it is not possible to state at which precise moment this latter change occurs. And so it is with the formation of a custom."

²⁴ O caso em comento foi precedido por outro requerimento da República Democrática do Congo contra Ruanda em 1999, que, todavia, foi descontinuado em 2001 pela própria requerente.

por Ruanda no território congolês.²⁵ A RDC sustentou a existência de jurisdição da Corte sob o art. IX da Convenção de Genocídio.²⁶

No entanto, Ruanda havia formulado reserva integral a esse artigo – razão pela qual não reconheceu a jurisdição da Corte para tratar desse caso, já que tampouco havia voluntariamente consentido à jurisdição nesse litígio específico. Ciente desse posicionamento, a RDC sustentou que essa reserva era inválida, pois pretendia prevenir a Corte de proteger uma norma peremptória de direito internacional – assim, a reserva seria incompatível com a natureza *erga omnes* dos direitos e deveres contidos naquela Convenção.²⁷

Em seu julgamento, a CIJ reafirmou, primeiramente, a concepção albergada na opinião consultiva de 1951 de que a proibição do genocídio era reconhecida pelas nações civilizadas como uma obrigação vinculante, mesmo que não convencional. Ainda, argumentou que era uma consequência direta de tal concepção não só a condenação a nível internacional dessa prática, mas também a necessidade de cooperação entre os Estados na sua prevenção e erradicação.²⁸

Porém, a Corte reconheceu que o mero fato de certas normas terem natureza *erga omnes* não implica na jurisdição obrigatória da CIJ sobre os litígios que possam surgir a partir de tais normas, mesmo quando essas sejam de *jus cogens* – “[e] é asseguradamente o caso da proibição do genocídio”.²⁹ Adicionalmente, a Corte considerou que a reserva oposta por Ruanda em ocasião

²⁵ CIJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*. Sentença de Jurisdição e Admissibilidade. Juiz-Presidente Shi Jiuyong. Haia. 3 fev. 2006. ICJ Reports 2006, p. 6, § 1.

²⁶ A parte se baseou largamente no art. IX da Convenção de Genocídio, que determina que disputas entre os Estados contratantes em relação à interpretação, aplicação ou implementação de seus dispositivos será submetida à CIJ.

²⁷ 2006 *Armed Activities on the Territory of the Congo*, Op. cit., §§ 56-58.

²⁸ Ibid. § 64.

²⁹ “[T]he fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute.” Ibid. § 64.

de sua adesão ao tratado não era incompatível com os propósitos da Convenção, já que tal reserva somente trata da jurisdição da Corte, não afetando as normas materiais contidas no instrumento relacionadas à prevenção e à punição do genocídio.³⁰

Portanto, muito embora o caso em comento tenha sido encerrado por falta de admissibilidade, sequer passando à análise do mérito, ele é de suma relevância para a cristalização de um costume internacional no que diz respeito ao genocídio. A Corte, literalmente, assegurou que a proibição dessa prática goza de *status* superior de norma peremptória de direito internacional, cabendo à toda comunidade internacional sua observância.

Logo, tendo em vista a afirmação já na opinião consultiva de 1951, repisada pela decisão da CIJ em 2006, de que os Estados reconhecem a existência de uma obrigação que prescinde dispositivo convencional, é cristalina a existência de *opinio juris* quanto à proibição do genocídio. Da mesma maneira, se desde 1951 há o reconhecimento de que é defeso aos Estados praticar esse ato, há igualmente a repetição reiterada por um longo período de tempo. Estando presentes tanto a *opinio juris*, quanto a prática reiterada da norma, não restam dúvidas sobre o caráter costumeiro da proibição do genocídio.

Não por coincidência reconheceu a própria Corte, em novo julgamento de 2007, que a afirmação contida no art. I da Convenção de Genocídio, de que o genocídio é um crime internacional, deve ser lida em conjunto com a Resolução 96(I), aprovada de forma unânime, o que reconhece a existência dos requisitos para a formação de um costume internacional.³¹ Em *2007 Genocide Convention Case*, instituído em 1993 pela Bósnia-Herzegovina contra a então-

³⁰ Ibid. § 67.

³¹ CIJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Sentença. Juíza-Presidente Rosalyn Higgins. Haia. 26 fev. 2007. ICJ Reports 2007, p. 43-240, § 161.

Iugoslávia, posteriormente sucedida por Sérvia e Montenegro, a CIJ tratava sobre as obrigações do Estado no crime de genocídio, o que, até então, só havia sido aplicado na determinação de responsabilidade criminal individual.³²

O litígio em comento versava sobre a possibilidade de um Estado ser considerado responsável por crimes cometidos por indivíduos agindo sob a sua égide, em oposição à responsabilidade criminal desses indivíduos. A Bósnia-Herzegovina sustentava que o art. I da Convenção tem caráter obrigacional e não meramente preambular, criando a obrigação para os Estados contratantes de prevenir e de punir o crime de genocídio, perpetrado ou em seu território, ou por seus nacionais.³³

Em contrapartida, a Sérvia e Montenegro alegou que a Convenção não estabelece a obrigação para um Estado de não cometer genocídio, mas sim a obrigação de preveni-lo por meio da adoção de legislação doméstica apropriada, o exercício do poder jurisdicional e a extradição de pessoas acusadas. A requerida sustentava que o Estado jamais poderia assumir uma obrigação de resultado quanto a cometer o genocídio,³⁴ pois esse seria um crime perpetrado por indivíduos, o que é reforçado pela questão do *dolus specialis*, que será objeto desse estudo mais adiante, e pelos trabalhos preparatórios da Convenção.

Enfim, após quase 14 anos, a CIJ proferiu seu julgamento de mérito. Esse reconheceu que a responsabilidade do Estado, mesmo não sendo de natureza

³² GAETA, Paola. On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?. *European Journal of International Law*. Oxford, v. 18, n. 4, p. 631-648, 2007. p. 632.

³³ Ainda, a requerente argumentou que a Sérvia era responsável não apenas pela omissão em punir e julgar os responsáveis pelo genocídio – o que, a seu ver, representava a hipótese do art. III, alínea ‘e’, de cumplicidade no genocídio –, mas também por atos que em si configuravam um genocídio. “The State responsibility provisions of the Convention are perfectly clear from the text. The State is prohibited from engaging in any of the acts enumerated in Articles II and III. And the State has the responsibility to investigate, bring to trial and prosecute persons who have committed genocide, or conspired, incited, attempted or engaged in complicity to commit genocide.” *2007 Genocide Convention case*. Memorial do Governo da República da Bósnia-Herzegovina de 15 de abril de 1994, p. 206-207, §5.2.3.5.

³⁴ Em essência, a diferença entre a obrigação de não cometer genocídio e a obrigação de prevenir o genocídio está na natureza obrigacional – a prevenção pressupõe uma obrigação de meio (*‘best-efforts’*), enquanto a primeira se compromete com um resultado.

criminal, está contida no art. III da Convenção como uma obrigação de meio, no emprego de todos os recursos razoáveis disponíveis ao Estado na prevenção do genocídio.³⁵ Contudo, a Corte reconheceu que a requerida não empregou meios razoáveis na prevenção do massacre ocorrido em Srebrenica, e as autoridades, incluindo o então-Presidente Milošević, estavam cientes do alto risco de um genocídio.³⁶

Em suma, o caso de 2007 coloca em relevo a proibição do genocídio como norma de direito internacional costumeiro, enquanto também procura delinear o significado prático de diversos dispositivos da Convenção do Genocídio. A Corte foi criticada por alguns autores, sob o argumento de que o julgamento, muitas vezes, fazia uma confusão jurídica entre a responsabilidade internacional do Estado, que surge do ato ilícito internacional, e a responsabilidade criminal individual, que surge de um crime internacional. Dado que a própria Convenção traz dispositivos tanto voltados ao Estado, quanto ao indivíduo, cabia à Corte justamente decifrar em que medida há responsabilidade do Estado e do indivíduo sobre um mesmo ato.³⁷

Portanto, uma vez estabelecido que a proibição do genocídio goza de *status* de norma peremptória de direito internacional, seja por força de costume, seja por força da Convenção, faz-se necessário analisar a possibilidade de responsabilização de um indivíduo, matéria que é questão central de um ramo específico do Direito Internacional Público – o Direito Penal Internacional.

³⁵ 2007 *Genocide Convention Case*, Op. cit., §§ 169 e 430.

³⁶ Ibid. § 438.

³⁷ Por exemplo, GAETA, Paola, Op. cit., p. 646. “It is for this reason that, with all due respect, I consider the approach taken by the Court inherently flawed. I doubt that the Court had the power and the competence to make a finding – and previously Bosnia and Herzegovina the possibility to prove and Serbia to contest – on the possible commission by individuals, during the unfolding of the armed conflict, of international crimes including the crime of genocide. How can an inter-state tribunal ascertain, and a state successfully prove or disprove before it, that one, some, or even many persons engaged in criminal conduct without a proper criminal trial? They simply may not, not only legally, but also practically.”

1.2 Formação histórica do Direito Penal Internacional e a consolidação da justiça penal internacional

Nesse diapasão, o Direito Penal Internacional é marco essencial da normativa internacional sobre o genocídio. O DPI é objeto de estudo autônomo dentro do Direito Internacional Público, cujas origens remontam aos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio, instaurados no período pós-Segunda Guerra Mundial, sendo certo que foi o Tribunal de Nuremberg o mais significativo. Esses tribunais foram estabelecidos pelos Poderes Aliados de forma *ex-post facto*, com o objetivo de levar a julgamento indivíduos, pelo cometimento de crimes contra a paz, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, conforme o art. VI da Carta de Nuremberg.³⁸

Com efeito, a herança de Nuremberg serviu como arcabouço teórico para a efetivação do DPI, uma vez que seus julgamentos enunciaram diversos princípios que hoje são reconhecidos como fontes do DPI.³⁹ Acima disso, o Tribunal de Nuremberg tem papel fundamental na formação de um direito penal internacionalizado: enquanto o DIP poderia lidar com a responsabilização sobre o genocídio somente a nível inter-estatal, o DPI coloca o indivíduo no centro da esfera internacional. Assim declarou o Tribunal:

Crimes contra o direito internacional são cometidos por pessoas, não por entidades abstratas, e apenas punindo indivíduos que cometem tais crimes pode-se implementar as provisões do direito internacional.⁴⁰ (tradução nossa)

³⁸ TOMUSCHAT, Christian. The Legacy of Nuremberg. *Journal of International Criminal Justice*, v. 4, n. 4, p. 830–844, set 2006, p. 831. O texto explica de forma didática a problemática da instituição de tribunais *ex post facto* no item 3.

³⁹ ONU. Assembleia Geral. Comissão de Direito Internacional. *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*. Resolução 177(II), 21 nov. 1948.

⁴⁰ TRIBUNAL INTERNACIONAL MILITAR, *France et al. v. Goering et al.*. Julgamento e Sentença. Juiz-Presidente Geoffrey Lawrence. Nuremberg. 1 out. 1946. § 41: “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.”.

Dessa forma, o DPI nasce a partir da concepção do indivíduo não apenas como sujeito de direitos na esfera internacional, mas também de obrigações, adquirindo plena personalidade jurídica internacional.⁴¹ Uma vez que um indivíduo possa descumprir suas obrigações, cometendo um crime internacional, é necessário que esse possa ser cobrado por seu inadimplemento, responsabilizado. Como o Direito Penal prescreve que esse seja usado apenas em *ultima ratio*, ou seja, como último recurso, dada sua esfera punitiva e de restrição do direito à liberdade, o indivíduo apenas será instado a responder na jurisdição internacional sobre as mais graves violações à comunidade internacional.

Por conseguinte, o DPI se fundou em dois pilares enunciados em Nuremberg: primeiramente, que indivíduos podem e devem ser responsabilizados pelos crimes internacionais mais graves; e, em segundo lugar, que esses indivíduos somente possam ser punidos como resultado de um julgamento justo que proteja os direitos dos acusados.⁴² Esses pilares representam, de um lado, o equilíbrio, e de outro, a tensão entre os interesses das vítimas – e, de forma mais ampla, da comunidade internacional – e os direitos dos acusados.

Contudo, Nuremberg permaneceu um tribunal de exceção –⁴³ o tribunal não era um órgão judiciário pré-constituído, mas sim uma estrutura judicial criada após a ocorrência dos fatos, de modo que os acusados foram julgados

⁴¹ GRANT, John P. *International Law*. Dundee: Dundee University Press, 2010. p. 35.

⁴² KIRSCH, Philippe. *Applying the Principles of Nuremberg in the ICC*: Keynote Address at the Conference “Judgment at Nuremberg” held on the 60th Anniversary of the Nuremberg Judgment, p. 3. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK_20060930_English.pdf>. Acesso em 30 out. 2019.

⁴³ O Tribunal de Nuremberg foi constituído a partir do Tratado de Londres, no qual Estados Unidos, França, Inglaterra e União Soviética acordaram a criação de um tribunal para julgar tão-somente ‘os grandes criminosos de guerra do Eixo europeu’. Anexa a esse tratado, assinado em 8 de agosto de 1945, estava a Carta do Tribunal Internacional Militar, onde, pela primeira vez, estavam definidos os crimes pelos quais os acusados seriam julgados.

apesar de apenas se ter constituído posteriormente a tipificação de seus crimes.⁴⁴ Crítica mais grave é que o tribunal acusou tão-somente os ‘vencidos’, em que pese ser indubitável o cometimento de graves violações também pelos Aliados. Nesse sentido, o Tribunal de Nuremberg pode ser considerado uma justiça dos vencedores.

Não obstante às válidas críticas, o legado de Nuremberg deve ser apreciado. Segundo o Prof. Christian Tomuschat, o Tribunal, juntamente à então recém-criada Organização das Nações Unidas, foram responsáveis por dar significado à ‘comunidade internacional’, tirando a expressão da mera construção acadêmica e a colocando como conceito jurídico.⁴⁵ Nesse momento, se encontrara uma base moral comum entre diferentes Estados e povos, um conjunto de valores fundamentais e inderrogáveis.

O Tribunal de Nuremberg, em particular, traduziu esses valores em normas jurídicas internacionais de caráter penal, enquanto também trouxe mecanismos para sua efetivação. As normas emanadas desse *jus cogens* – obrigações fundamentais e direitos inderrogáveis na esfera internacional – serviram de base para a criação, após quase 50 anos, dos primeiros tribunais penais internacionais pela ONU.⁴⁶

Nesse momento, a comunidade internacional busca estabelecer cortes para julgar atrocidades cometidas em larga escala, com o propósito de deter futuras violações e assegurar que os responsáveis não ficassem impunes. Ao mesmo tempo, os tribunais assegurariam que os acusados fossem julgados de

⁴⁴ TOMUSCHAT, Op. cit., p. 834-835.

⁴⁵ Ibid. p. 838-939.

⁴⁶ Ibid. p. 838-939.

maneira justa, sob o devido processo legal.⁴⁷ Assim, a instituição dos tribunais *ad hoc* era vista como uma resposta à ameaça à paz e segurança internacional.

O longo lapso temporal entre Nuremberg e a instituição dos tribunais internacionais é justificado em grande parte pela Guerra Fria, uma vez que a criação de qualquer tribunal no âmbito das Nações Unidas depende do aval do Conselho de Segurança, do qual são membros permanentes Estados Unidos e Rússia (como sucessora da União Soviética). As tensões entre as superpotências da antiga ordem mundial impediam, assim, a aprovação de qualquer mecanismo judicial, pelo poder de veto utilizado pelos membros permanentes.⁴⁸

No entanto, com o fim da Guerra Fria, o impasse no Conselho de Segurança foi, até certo ponto, ultrapassado, uma vez que o estabelecimento de uma nova ordem mundial na qual os Estados Unidos figuravam como única megapotência favoreceu que esse país tomasse a frente da criação dos tribunais *ad hoc*.⁴⁹ Assim, foram instituídos na década de 1990 dois tribunais *ad hoc* no âmbito da ONU: o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (*TPII*) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (*TPIR*).

Ambos os tribunais foram criados a partir de resoluções do Conselho de Segurança, justificadas como medidas necessárias à paz e segurança internacionais sob a égide do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.⁵⁰ A legitimidade do Conselho de Segurança de instituir tribunais internacionais foi

⁴⁷ SCHARF, Michael P. The Politics of Establishing an International Criminal Court. *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 167, n. 6, 1997, p. 3. Disponível em <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1560&context=faculty_publications>. Acesso em 30 out. 2019.

⁴⁸ COUTURE, Amélia. The Politics of International Justice: the Security Council's Impact on the Independence, Effectiveness and Legitimacy of the International Criminal Court. *International Human Rights Internship Working Paper Series*, Center for Human Rights and Legal Pluralism (CHRLP) Working Paper Series, v. 3, n. 2, Spring 2015. p. 9-10.

⁴⁹ FORSYTHE, David P. The UN Security Council and Response to Atrocities: International Criminal Law and the P-5. *Human Rights Quarterly*, v. 34, n. 3, 2012, p. 845.

⁵⁰ ONU. Conselho de Segurança. *Resolução 827*. UN Doc. S/RES/827 (1993), 25 mai. 1993; Id. *Resolução 955*. UN Doc. S/RES/955 (1994), 8 nov. 1994.

questionada por autoridades, e mesmo por acusados dentro desses tribunais, como no caso *Tadić*.⁵¹ O questionamento acerca da legitimidade da atuação do Conselho, em que pese válido frente à falta de representatividade e democracia dentro desse órgão, não obstruiu o funcionamento dos tribunais.

O TPII e o TPIR foram criados para processar e julgar crimes cometidos por indivíduos dentro de situações de conflito específicas. Dessa maneira, não exercitavam jurisdição verdadeiramente global, mas apenas delimitada a uma região geográfica, na análise de delitos cometidos em períodos determinados, conforme determinado por seus mandatos. Assim, herdaram de Nuremberg não apenas as bases teóricas, mas o fato de serem tribunais *ex post facto*.⁵²

Apesar de suas limitações e delimitações, os estatutos do TPII e do TPIR elaboraram de forma cuidadosa os tipos penais reconhecidos como as mais sérias violações do Direito Internacional: os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade, e o crime de genocídio.⁵³ Igualmente, a jurisprudência criada pelas decisões do TPII e do TPIR foi (e continua sendo, à medida que ainda há julgamentos pendentes sob a égide do Mecanismo Residual para os Tribunais *Ad Hoc*)⁵⁴ de suma importância para a elaboração do crime de genocídio. Um exemplo fundamental foi a formulação desses tribunais de que o DPI não se aplica somente às situações de conflito inter-estatal, reconhecendo sua aplicação aos conflitos armados não-internacionais, como guerras civis.⁵⁵

⁵¹ TPII. *Promotor v. Tadić* (IT-94-1). Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction. Juiz-Presidente Antonio Cassesse. Haia. 2 out. 1995.

⁵² KRESS, Claus. International Criminal Law. In: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Heidelberg: Oxford University Press, 2009. § 25.

⁵³ O crime de agressão somente foi reconhecido a partir do Estatuto de Roma. No entanto, sua definição jurídica somente foi acordada após a Conferência de Kampala, em 2010.

⁵⁴ O Mecanismo Internacional Residual para os Tribunais Penais foi instituído pelo Conselho de Segurança da ONU em 2010 para realizar funções essenciais remanescentes do TPII e do TPIR. Mais informações em <<http://www.irmct.org/en/about>>.

⁵⁵ KRESS, 2009, Op. cit., § 25. Além disso, a jurisprudência dos tribunais ad hoc é responsável em grande parte pela construção do crime de genocídio, bem como pela posterior cristalização dos conceitos jurídicos de crimes contra a humanidade e crimes de guerra como categorias distintas e independentes da extensão territorial do conflito.

Finalmente, em 1995, a comunidade internacional voltou seus esforços à criação de uma corte permanente para julgar os crimes internacionais, visando dirimir o problema dos tribunais criados após a ocorrência dos crimes. O resultado desses esforços foi o estabelecimento, em 1º de julho de 2002, do Tribunal Penal Internacional (TPI).

O TPI, por ser um mecanismo convencional do Tratado de Roma, se diferencia de seus predecessores já em sua criação, posto que os tribunais *ad hoc* foram impostos pelo Conselho de Segurança, enquanto o TPI parte de um consenso multilateral, na forma de um tratado fundacional, ao qual os Estados têm a faculdade – não a obrigação – de aderir. Assim, o tribunal não tem jurisdição realmente universal – nacionais de países não-signatários não podem, *a priori*, ser processados pela corte. No entanto, o tribunal permanente tem a vantagem de exercer jurisdição *rationae personae* não apenas em razão da nacionalidade: o TPI pode, com fulcro no art. 12(2)(a) do Estatuto de Roma, processar nacionais de países não-signatários por crimes cometidos no território de signatários. Ainda, o art. 12(3) do Estatuto permite que um país não-signatário aceite a competência do Tribunal para um crime determinado. Por fim, há também a possibilidade do Conselho de Segurança da ONU referir uma ‘situação’ à Procuradora do Tribunal – nessa hipótese, poderia o TPI, talvez, adquirir um caráter verdadeiramente global.⁵⁶ Já a jurisdição *rationae materiae* do TPI evoluiu dos estatutos do TPII e do TPIR, incluindo além de genocídio (art. 6º), crimes contra a humanidade (art. 7º) e crimes de guerra (art. 8º), o crime de agressão.⁵⁷

⁵⁶ KRESS, 2009, Op. cit., § 27.

⁵⁷ Esse crime foi enunciado, porém não tipificado em um primeiro momento – o art. 5(2) do Estatuto coloca a necessidade de que se aprovasse uma disposição sobre esse crime. Na Conferência de Kampala, em 2010, as partes do Tratado de Roma adotaram emendas ao Estatuto regulando o crime de agressão, para que o TPI pudesse, enfim, exercer sua competência nessa matéria. O crime de agressão se encontra tipificado no art. 8*bis*: “1. For the purpose of this Statute, “crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity

Todavia, não se pode olvidar a regra primordial do princípio da complementaridade da jurisdição internacional em relação à jurisdição nacional. Dessa feita, o TPI somente pode processar e julgar um indivíduo quando o Estado que tenha jurisdição sobre o feito não queira ou não tenha capacidade para tal,⁵⁸ cumprindo os seguintes requisitos de admissibilidade para o exercício da jurisdição do TPI, segundo o art. 17 do Estatuto: (i) que não haja litispendência; (ii) que o indivíduo não tenha sido julgado por outra Corte pela conduta a que se refere a denúncia, quando tal julgamento tivesse o objetivo de evadir à responsabilidade criminal; ou (iii) que o caso seja de suficiente gravidade, o que justifica a ulterior intervenção do Tribunal.⁵⁹

Por conseguinte, o TPI obedece a um procedimento bicameral no processamento dos casos. Primeiramente, ocorre um juízo de admissibilidade perante o Juízo de Instrução (JI), que não adentra propriamente no mérito – o JI somente analisa se estão propriamente fundamentadas as alegações de mérito, o

and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.” Até o momento, o Brasil ainda não ratificou as emendas referentes a esse crime.

⁵⁸ KRESS, 2009, Op. cit., § 27.

⁵⁹ Nesse ponto, imperioso ressaltar que a jurisprudência do TPI estabeleceu no julgamento de seu primeiro caso, *Promotor v. Thomas Lubanga Dyilo*, o ‘same person/same conduct test’ para determinar que um caso somente será inadmissível quando o processo no âmbito nacional tiver identidade de acusados e condutas com o caso que seria julgado pelo Tribunal. Aqui, devido destaque deve ser dado ao fato de que não importa se a tipificação da conduta é a mesma no Estatuto de Roma e na legislação nacional – mas sim que essa conduta seja ilegal e punível em ambos ordenamentos. TPI. *Promotor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06). Decision on the Prosecutor’s Application for a warrant of arrest, Article 58. Juiz-Presidente Claude Jorda. Haia. 10 fev. 2006. § 31.

O mesmo entendimento foi aplicado por esse tribunal em decisões subsequentes: *Promotor v. Ahmad Muhammad Harun e Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahman* (ICC-02/05-01/07). Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute. Juíza-Presidente Akua Kuenyehia. Haia. 27 abr. 2007. § 24; Id. *Promotor v. Mathieu Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-02/07). Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui. Juíza-Presidente Akua Kuenyehia. Haia. 6 jul. 2007. § 21; Id. *Promotor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen* (ICC-02/04-01/05). Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute. Juiz-Presidente Mauro Politi. Haia. 10 mar. 2009. § 17; Id. *Promotor v. Saif Al-Islam Gaddafi e Abdullah Al-Senussi* (ICC-01/II-OI/IIOA6). Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”. Juíza-Presidente Akua Kuenyehia. Haia. 24 jul 2014. § 119.

fumus boni iuris, com um ônus de prova consideravelmente mais baixo do que na próxima fase: o julgamento.⁶⁰

Esse, por sua vez, somente é conduzido no Juízo de Julgamento em Primeira Instância (JJPI), caso haja uma decisão pelo JI de admissão da acusação. A sentença prolatada pelo JJPI pode ser apelada perante o Juízo de Recursos (JR), constituindo a decisão final no caso.

Portanto, o TPI é, atualmente, o principal órgão jurisdicional que aplica o DPI. Alguns tribunais, como as Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja (CCEC), o Painel Especial para Crimes Graves da Corte de Dili, Timor Leste (PECGCD), e a Corte Especial para Serra Leoa (CESL), entre outros, têm empregado o DPI em seus mandatos constitutivos.⁶¹ Igualmente, cortes domésticas também adjudicam DPI.

1.3 O genocídio como crime e a incidência de responsabilidade criminal individual

O conceito do crime de genocídio trazido pela Convenção de 1948, em seu art. II, foi reiterado nos estatutos do TPII e do TPIR, nos arts. 4(2) e 2(2), respectivamente. Atualmente, o Estatuto de Roma adota de forma idêntica à Convenção a definição de genocídio, em seu art. 6º. Nesse artigo, estão enumeradas aquelas condutas que podem incorrer no tipo penal.

⁶⁰ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09-OA). Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir". Juiz-Presidente Erkki Kourula. Haia. 3 fev. 2010. § 33.

⁶¹ Contudo, tais cortes foram instauradas como híbridos entre jurisdição internacional e doméstica, instaladas como parte do judiciário dos países em que estão localizadas. Por tal razão, não são primordialmente internacionais, sendo denominados muitas vezes como tribunais mistos, ou de terceira geração. RIKHOF, Joseph. *A History and Typology of International Criminal Institutions*. Disponível em <<http://www.kirschinstitute.ca/history-typology-international-criminal-institutions/>>. Acesso em 31 out. 2019.

Os crimes internacionais do Estatuto de Roma, a grosso modo, são dotados de uma estrutura bipartite. Eles pressupõem um elemento objetivo (*actus reus*) e um elemento subjetivo (*mens rea*), herdados da tradição anglo-americana, que correspondem à conduta tipificada e à intenção do acusado.⁶² Enquanto os artigos iniciais do Estatuto trazem as condutas e seus respectivos tipos penais, o art. 30 esclarece o requisito geral de intenção. Assim, dispõe que o acusado deve: (i) agir com vontade de cometer o crime, e (ii) ter conhecimento de seus elementos materiais.

Contudo, no crime de genocídio, o elemento subjetivo não está adstrito àquele trazido no art. 30 do Estatuto de Roma. Somente incorre na responsabilidade criminal individual aquele indivíduo que toma parte na conduta (seja por atos comissivos ou omissivos), com o objetivo específico de “destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”. Dessa forma, a jurisprudência evoluiu no sentido de que além do elemento subjetivo geral, há um elemento subjetivo adicional, o *dolus specialis*.⁶³

No caso *Akayesu*, o TPIR definiu esse elemento como “a intenção específica, necessária como elemento constitutivo do crime, que demanda que o perpetrador claramente busque produzir o ato”, sendo esse um elemento-chave do tipo, “caracterizado pela relação psicológica entre o resultado material e o estado mental do perpetrador”.⁶⁴ Vale destaque a abordagem do JR no caso

⁶² AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law, Part II: The Crimes and Sentencing*. v. 2. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 21.

⁶³ Segundo o Prof. Kai Ambos, a jurisprudência não é pacífica nesse entendimento: o TPII, no julgamento *Krstić*, sua primeira condenação pelo crime de genocídio, considerou que o elemento subjetivo é apenas a intenção de destruir. Reitera essa posição o julgamento *Kayishema and Ruzindana*, do TPIR (No. ICTR-95-1-T, § 90). Por outro lado, os julgamentos de *Bagilishema* (TPIR. *Promotor v. Bagilishema* (ICTR-95-1A-T). Julgamento. Juiz-Presidente Erik Møse. Arusha. 7 jun. 2001. § 56 e 60), *Semanzu* (TPIR. *Promotor v. Semanza* (ICTR-97-20-T). Julgamento. Juiz-Presidente Theodor Meron. Arusha. 20 mai. 2005. § 312), *Jelisić* (IT-95-10-T, § 79), por exemplo, e de forma mais expoente, *Akayesu* (ICTR-96-4-T, § 498), adotam a teoria tripartite, separando o *dolus specialis* do elemento subjetivo geral.

⁶⁴ TPIR. *Promotor v. Jean-Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T). Julgamento. Juíza-Presidente Laïty Kama. Arusha. 2 set. 1998. §§ 498 e 518: “the specific intention, required as a constitutive element of the crime,

Jelisić, que, a contrário do que o JJPI havia decidido em seu julgamento, determinou não ser relevante a motivação por trás do dolo:⁶⁵ assim, seja pelo prospecto de ganhos econômicos, seja pela personalidade do réu, apenas é determinante se esse agiu de forma voluntária com intenção de destruir o grupo.

Tendo em vista este *dolus specialis*, a decisão da CIJ no *2007 Genocide Convention case*, analisada anteriormente, enfrentou uma controvérsia central para as partes: como poderia um Estado ter dolo? O dolo é elemento da imputabilidade na teoria criminal, expresso pela vontade do agente. Contudo, conforme argumentou a Sérvia e Montenegro, o Estado não tem vontade *per se*, por ser uma entidade abstrata. Apesar de a controvérsia ter sido dirimida pela Corte, que abordou a responsabilidade internacional do Estado como ilícito internacional oriundo da quebra de obrigação de prevenção do genocídio, William Schabas argumenta que essa problemática evidenciou a ‘estranheza’ de tentar atribuir ao Estado uma vontade, e não uma política (*‘policy’*), pois a Corte tentava transpor um conceito de direito penal aplicável a indivíduos à esfera de responsabilidade internacional do Estado.

Nesse sentido, o autor argumenta que, olhando para as políticas estatais de cometer genocídio, e não para uma suposta vontade, é mais coerente transpor o requisito de intenção específica do indivíduo em favor de uma abordagem pelo conhecimento do indivíduo sobre a política genocida (*‘knowledge-based approach’*).⁶⁶ Consequentemente, Schabas considera que a decisão citada mostrou que o debate acerca do *dolus specialis* não mais auxilia de forma suficiente na compreensão da natureza do genocídio.⁶⁷

which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act charged’[...]‘characterized by a psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator’.

⁶⁵ TPII. *Promotor v. Jelisić* (IT-95-10-A). Julgamento do Recurso. Juiz-Presidente Mohamed Shahabuddeen. Haia. 5 jul. 2001. § 71.

⁶⁶ SCHABAS, 2009, Op. cit., p. xiv.

⁶⁷ Ibid. p. xiii.

Contrariamente, o Prof. Claus Kress vê de extrema relevância a interpretação do dolo específico, sendo necessária maior análise do termo ‘intenção’ encontrado no tipo penal.⁶⁸ A tensão entre a abordagem de conhecimento e a abordagem de propósito (*‘purpose-based approach’*) reside no fato de que a combinação de condutas enumeradas no art. II da Convenção tem como ponto de referência o subordinado, enquanto o *standard* de dolo específico está tipicamente mais próximo da perspectiva das lideranças.⁶⁹

Em outras palavras, adotando a abordagem de propósito, há considerável dificuldade em provar que os subordinados tinham a vontade de destruir, em todo ou em parte, um grupo, muito embora pudessem aderir a um contexto ou política de perpetração de genocídio. Por outro lado, o mero conhecimento do propósito genocida de seu ato tampouco significa que o indivíduo tinha o desejo pessoal de que a campanha genocida atingisse seu objetivo.

Devido a essa dicotomia, o autor sugere a aplicação da abordagem de conhecimento com o parâmetro de previsibilidade (*‘foreseeability’*), para determinar que o indivíduo tem conhecimento da campanha genocida e que pode prever o resultado. Não obstante, ele também reconhece a dificuldade quanto ao possível *standard* de previsibilidade aplicável, tendo a jurisprudência internacional recorrido em outras ocasiões às vertentes de *virtual certainty* e de *all likelihood*.⁷⁰

Por sua vez, defende o Prof. Kai Ambos que o genocídio é caracterizado por um nível especial de injustiça, que prescinde de abordar propósito ou conhecimento, mas que deve se debruçar sobre a especificidade desse crime, que

⁶⁸ KRESS, Claus. The Crime of Genocide under International Law. *International Criminal Law Review*. Groningen. vol. 6, 2006. p. 461–502. p. 486.

⁶⁹ Ibid. p. 496.

⁷⁰ Ibid. p. 498. Como exemplo da adoção do *standard* de *virtual certainty*, ver: Relatório da Comissão de Darfur (*infra* 3.2). Em relação ao *standard* de *all likelihood*, ver: TPII. *Promotor v. Krstić* (IT-98-33). Julgamento. Juiz-Presidente Almiro Rodrigues. Haia. 2 ago. 2001. § 597.

é a proteção de certos grupos contra a sua destruição.⁷¹ Essa especificidade é que o distingue, por exemplo, de um crime contra a humanidade, e não meramente a existência de um contexto genocida (ou a falta desse).

Portanto, sugere o autor uma solução dupla que distingue entre os *génocidaires* de baixo escalão e aqueles de médio ou alto escalões. Para o baixo escalão, não é razoável esperar que eles ajam a todo momento com o dolo específico de destruir, pois, em verdade, esses não são capazes de contribuir significativamente para a destruição final do grupo, sendo necessário um plano, uma atuação coordenada, um contexto genocida. Então, deve-se aplicar a esses ‘soldados’ o *conhecimento* da campanha genocida para determinar se há responsabilidade individual. Quanto aos perpetradores de médio ou alto escalão, há de ser aplicado o *standard* de *propósito*, ou seja, a intenção de destruir, porque esses sim são as mentes por trás do plano genocida e podem catalizar esses eventos – dessa forma, esses *génocidaires* são aqueles que necessariamente tinham em mente a destruição do grupo quando ordenaram ou cometeram certos atos.⁷² Dessa feita, a solução de Ambos encontra breve convergência com os postulados de Kress, por se basearem nos conflitantes pontos de referência no que tange às condutas do tipo e ao requisito de intenção do art. 30 do Estatuto de Roma.

Superadas questões quanto à estrutura do crime, é de particular importância delinear a responsabilidade dos chefes de Estado em termos DPI. Em termos de obrigações internacionais *lato sensu*, os chefes de Estado e de governo gozam de certas imunidades que, contudo, não se aplicam aos crimes internacionais, como é o caso do genocídio.

⁷¹ AMBOS, Op. cit., v. 2. p. 28-29.

⁷² AMBOS, Op. cit., v. 2. p. 29-32.

1.4 A qualidade oficial no Estatuto de Roma e o regime de imunidades clássico do DIP

O respeito às garantias e proteções judiciais dos acusados é um dos princípios basilares do DPI,⁷³ enunciado já em Nuremberg,⁷⁴ bem como do Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁷⁵ São diversos os instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos que estabelecem obrigações dos Estados para com os indivíduos em conduzir processos de forma justa e com alto padrão de respeito à presunção de inocência do acusado.⁷⁶ Não por acaso, o próprio Estatuto de Roma elenca os direitos dos acusados no artigo imediatamente seguinte ao artigo referente à presunção de inocência, evidenciando que esses direitos são um corolário desse princípio geral do direito, com proteção e garantia no âmbito internacional.⁷⁷

De particular importância no caso de chefes de Estado é tratar do regime de imunidades, das quais esses normalmente gozam em matéria de direito internacional. Como se sabe, as imunidades podem ser classificadas em razão da matéria (ligadas aos atos comissivos ou omissivos no exercício de uma função) ou em razão da pessoa, sendo, nesse caso, ligadas ao *status* jurídico de uma pessoa. As imunidades *rationae personae* englobam tanto os atos realizados no exercício da função, quanto os atos privados, e estão limitadas temporalmente ao exercício do cargo. Esse tipo de imunidade é restrita a um pequeno grupo de pessoas, como os chefes de governo e os chefes de Estado.⁷⁸

⁷³ AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law, Part I: Foundations and General Part*. v. 1. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 393-394.

⁷⁴ ONU. Resolução 177(II), Op. cit., Princípio V.

⁷⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. Human Rights In The Context Of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections And Equivalent Protections In National Constitutions. *Duke Journal of Comparative & International Law*. Durham, v. 3, p. 235-297, 1993. p. 236.

⁷⁶ Nesse sentido, ver: Protocolo Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, Convenção Americana de Direitos Humanos, Convenção Europeia de Direitos Humanos.

⁷⁷ Vide arts. 66 e 67 do Estatuto.

⁷⁸ AMBOS, Op. cit., v. 1. p. 409.

Nesse quesito, é necessário pontuar uma distinção fundamental. Sob a égide da Convenção de Genocídio, todas as pessoas que pratiquem os atos enumerados no art. III deverão ser punidas, irrespectivamente de seu *status* de governante constitucional, agente público ou indivíduo particular.⁷⁹ Essa defesa é comumente denominada de defesa por ‘qualidade oficial’ (*‘official capacity’*). Schabas atenta para o fato de que muitas decisões utilizam os vocábulos ‘imunidade’ e ‘qualidade oficial’ como intercambiáveis,⁸⁰ o que, em sua concepção, não é correto: os agentes públicos e governantes estão proibidos de invocar a defesa de qualidade oficial no processo perante um tribunal que seja competente para julgá-lo, enquanto a imunidade impõe uma barreira ao exercício da jurisdição por um tribunal.⁸¹ Dessa forma, a apreciação da imunidade de jurisdição é uma defesa processual que impede o prosseguimento do feito, enquanto a defesa de qualidade oficial é pertinente ao mérito da causa.

Em consonância à essa distinção, o Estatuto de Roma consagrou a regra de exclusão da defesa de qualidade oficial em seu art. 27. O dispositivo apresenta tal distinção entre as duas defesas de forma cristalina, como se vê:

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

⁷⁹ Apesar da versão adotada em língua portuguesa pelo Decreto 30.822, que incluiu na legislação pátria a Convenção de Genocídio, utilizar os vocábulos ‘*governistas, funcionários ou particulares*’, esses não necessariamente são a forma mais adequada de expressar a *mens* do art. 4º. Por essa razão, se adota nesse estudo tradução própria do instrumento oficial de língua inglesa.

⁸⁰ Como exemplo, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (DRC v. Belgium)*, julgado pela CIJ em 2002, usa em seu parágrafo 61 ambas as expressões para se referir, em realidade, à imunidade de jurisdição.

⁸¹ SCHABAS, 2009, Op. cit., p. 370.

Dessa maneira, o parágrafo 1 reflete diretamente o art. IV da Convenção de Genocídio, enquanto o parágrafo 2 ilustra a renúncia dos Estados-parte do TPI à imunidade de jurisdição de seus governantes e agentes públicos, ainda que essa seja uma norma consuetudinária de DIP.

Com relação à experiência dos tribunais *ad hoc*, a defesa de imunidade de jurisdição foi levantada no caso *Milošević*, no qual Slobodan Milošević, então-chefe de Estado da República Federativa da Iugoslávia, foi acusado de genocídio por atos cometidos no decorrer de seu mandato presidencial. O acusado, que optou por fazer sua própria defesa no julgamento, alegou que o TPII não tinha jurisdição para julgá-lo, em virtude da qualidade oficial de Presidente no momento da comissão de genocídio. O JJPI declarou em sua sentença que o art. 7(2) do Estatuto do TPIR, referente à qualidade oficial,⁸² refletia naquele momento norma costumeira de Direito Internacional,⁸³ razão pela qual o tribunal era legitimado a adjudicar o caso de um chefe de Estado.

A corte também citou a condenação pelo TPIR de Jean Kambanda, ex-Primeiro Ministro do Ruanda, por crime de genocídio, como reflexo dessa norma.⁸⁴ Interessante notar, nesse ponto específico, que a decisão foi proferida em 2001, quando o Estatuto de Roma já tinha sido ratificado por 43 países – necessitando de apenas 17 assinaturas adicionais para sua entrada em vigor –, fato que o JJPI levou em consideração como indicativo da cristalização da norma costumeira internacional.⁸⁵

⁸² “2. The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.”

⁸³ TPII. *Promotor v. Milošević* (IT-02-54-PT). Decision on Preliminary Motions. Juiz-Presidente Richard May. Haia. 8 nov. 2001. §§ 28-29: “The history of this rule can be traced to the development of the doctrine of individual criminal responsibility after the Second World War, when it was incorporated in Article 7 of the Nuremberg Charter and Article 6 of the Tokyo Tribunal Charter. The customary character of the rule is further supported by its incorporation in a wide number of other instruments, as well as case law.”

⁸⁴ *Ibid.* § 26.

⁸⁵ *Ibid.* § 31.

Portanto, uma vez estabelecido que os chefes de Estado estão sujeitos à jurisdição do TPI, e que não podem, em sua defesa de mérito, alegar sua qualidade oficial de representante do governo, é mister se questionar sobre quais linhas de defesa se mostram mais pertinentes à condição de chefe de Estado. Como se argumenta posteriormente, os crimes internacionais podem ser caracterizados pela sistematicidade.⁸⁶ Dessa feita, estando o chefe de Estado no cargo mais alto de comando civil (e, muitas vezes, militar), é possível observar que a exclusão da responsabilidade individual no caso concreto se dá majoritariamente pelo afastamento do elemento subjetivo do tipo penal. É evidente que em casos nos quais há um genocídio em pauta, dificilmente poderá a defesa negar a materialidade dos eventos, dizendo que a conduta criminosa não ocorreu de fato.

Isto posto, resta então questionar o quanto o julgamento de certas ‘personalidades notórias’, de alto escalão, cujos nomes estão usualmente conectados às mais graves violações de direitos humanos, é capaz de representar o devido processo legal. A luta contra a impunidade esbarra na procura de culpados, e não há julgamento justo sem riscos – o tribunal deve se satisfazer, por meio tão-somente do julgamento, de que um acusado é inocente ou culpado.

No próximo capítulo, será exposta a hipótese do *lone génocidaire*, na qual um único indivíduo pode ser responsabilizado por todo um genocídio. De plano, é possível notar dificuldades práticas no conceito, uma vez que os genocídios ocorridos no mundo real, não das ficções jurídicas, costumam envolver cometimento de crimes em larga escala. Contudo, é imperioso ir além desses obstáculos, buscando evidenciar o ponto de vista da defesa do indivíduo, que carrega, nessa situação, ônus extremo.

⁸⁶ Vide cap. 3.4.

Capítulo II: A possibilidade do *lone génocidaire* frente à questão da existência de um requisito de política estatal (*policy requirement*)

Nesse capítulo, analisar-se-á, em termos teóricos, duas proposições que estão intrinsecamente interligadas, nominalmente, a hipótese jurídica do *lone génocidaire* e o debate sobre a existência de um elemento contextual no tipo penal genocídio.

Por *lone génocidaire* entende-se que uma única pessoa é responsável por um crime de genocídio. Na hipótese, um indivíduo, sozinho, pode incorrer em responsabilidade criminal individual na forma do art. 25(3) do Estatuto de Roma, em diversas modalidades – vale dizer, pode ser que o acusado seja responsabilizado como perpetrador direto ou indireto.

A ideia de que um genocídio pode ser perpetrado por uma única pessoa surgiu já na elaboração da Convenção de Genocídio em 1948, mas não recebeu maiores comentários até o ano de 1999, com o julgamento do caso *Jelisić*. Nesse caso, um comandante sérvio foi acusado perante o TPII como perpetrador direto de um genocídio – sem que houvesse qualquer outra acusação de genocídio no TPII naquele momento. Na ocasião, o JJPI reconheceu expressamente a possibilidade teórica do *lone génocidaire*. Como marco do início desse debate, que, apesar de eminentemente teórico, tem implicações sérias na prática dos tribunais, o caso *Jelisić* é objeto de análise aprofundada na primeira parte desse capítulo.

Contudo, o próprio juízo faz a ressalva de que a hipótese dificilmente se configura na prática. Essa dificuldade recai, justamente, sobre a segunda proposição, qual seja, a discussão sobre a necessidade da existência de um contexto genocida para a configuração do tipo penal. Isso se dá porque, se há, de fato, tal exigência, então não se pode falar que um indivíduo sozinho é

responsável por um genocídio, uma vez que falta o elemento contextual que pudesse abarcar sua conduta – sem uma campanha genocida, não se poderia condenar um indivíduo por atos genocidas. Por outro lado, se a existência de um contexto genocida não é um elemento do tipo penal, nada impede que se configure o crime de genocídio pela ação de um único perpetrador. Essa discussão ganhou ainda mais força com a introdução dos Elementos dos Crimes, documento editado pela Assembleia de Estados-parte do Estatuto de Roma e que faz parte do direito aplicável ao TPI, no qual há um elemento que exige ‘manifesto padrão de conduta’ para a existência do genocídio.

Diversamente da hipótese do *lone génocidaire*, que recebeu diminuta atenção, o debate sobre o requisito de política estatal tem um lugar central nos estudos doutrinários. Nesse diapasão, autores proeminentes no campo do DPI propuseram diversas interpretações sobre a existência desse requisito, sendo de especial relevância as doutrinas dos Profs. William Schabas e Claus Kress. Esses autores desenvolveram teorias diferentes, mas que têm em comum o reconhecimento de um plano, de uma arquitetura genocida. Enquanto Schabas defende que a existência de uma política estatal – e, assim, o envolvimento de um Estado – sempre esteve implícito no crime de genocídio, Kress entende que há uma interdependência entre o plano individual e o plano coletivo, propondo um olhar sistemático ao nível coletivo de atividade genocida. Suas proposições são tratadas em maior detalhe na segunda parte desse capítulo.

Em contrapartida, outros autores de renome rechaçam a existência desse requisito, em qualquer modalidade, como o Prof. Gerhard Werle e o Prof. Otto Triffterer. Ambos os autores entendem que a literalidade do texto estatutário não permite a aplicação de um elemento contextual, sendo o Elemento do Crime supracitado incompatível com o art. 6º do Estatuto. Werle adota uma visão pouco vista entre os doutrinadores, de que o requisito de ‘manifesto padrão de conduta’ é meramente procedimental, de forma que atua sobre a admissibilidade

do caso. Triffterer, por sua vez, argumenta pelo pragmatismo, entendendo que essa é uma questão de política de persecução penal, pois se tornaria ainda mais difícil combater a impunidade pelo genocídio se fosse necessário provar, ainda, o envolvimento de um Estado. Essas correntes, bem como de outros autores favoráveis a esse entendimento, são descritas ao fim da segunda parte desse capítulo.

Por conseguinte, a análise da existência do requisito de política estatal aborda o questionamento de a qual elemento estaria atrelada a política estatal. Vale dizer, questiona-se se o plano está ligado às condutas genocidas ou à intenção genocida. A doutrina alberga, em larga medida, o entendimento de que a existência de uma política está mais intimamente conectada ao *dolus specialis*, ou seja, à possibilidade que o indivíduo tem de expressar intenção realista de destruir grupo protegido.

Nesse sentido, se a política estatal deve fazer parte do dolo específico, faz-se necessário analisar de que forma é possível avaliar a intenção do acusado. Portanto, a questão da prova da intenção é discutida de forma mais aprofundada na terceira parte do capítulo, no qual se demonstra a diversidade de critérios adotados na jurisprudência para a inferência de uma intenção do acusado. Nesse momento, também são questionadas algumas proposições jurisprudenciais quanto à prova de intenção, especialmente no que concerne o sopesamento de indícios positivos e negativos da intenção genocida.

Finalmente, expostas as divergências doutrinárias e analisados alguns precedentes jurisprudenciais, conclui-se que parece, de fato, existir a necessidade de uma política estatal ou um nível coletivo de atividade genocida para a configuração de um genocídio. Essa conclusão não é, contudo, definitiva quanto à definição jurídica do crime, mas encontra respaldo na prática dos tribunais. Sem prejuízo dessa assertiva, é mister ressaltar que as diversas

posições doutrinárias têm seus pontos fortes, bem como seus pontos fracos. Certamente, a questão está longe de ser pacificada.

2.1 O caso *Jelisić* e a introdução da possibilidade jurídica do *lone génocidaire*

A hipótese do *lone génocidaire* é aquela na qual a responsabilidade por um genocídio recai inteiramente sobre um único indivíduo, desde que esse incorra em uma das condutas tipificadas e aja com o dolo específico de destruir, em todo ou em parte, um grupo protegido – ainda que sua intenção não seja compartilhada por outros acusados, ou mesmo que não haja apoio por parte de uma organização (mais comumente, um Estado).

Tal possibilidade foi enfrentada pelo TPII no julgamento de Goran Jelisić, o autointitulado “Adolf Hitler sérvio”, comandante do campo de detenção de Luka, na cidade de Brcko, Bósnia-Herzegovina.⁸⁷ Aos meros 23 anos, Jelisić se tornou responsável pelo campo de Luka, chefiando 100 subordinados, em uma campanha de execuções arbitrárias e perseguição a croatas e bósnios muçulmanos. O TPII foi instado a analisar um total de 32 acusações contra Jelisić, por crimes de guerra, crimes contra a humanidade, e genocídio.⁸⁸ O acusado entrou em acordo com a Promotoria sobre os crimes de guerra e crimes contra a humanidade, se declarando culpado. Contudo, a Promotoria insistiu que o julgamento prosseguisse quanto às acusações de genocídio, razão pela qual a questão foi analisada pelo JJPI, em julgamento datado de 14 de dezembro de 1999.

⁸⁷ BBC NEWS. Serb 'Adolf' innocent of genocide. Disponível em <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1423557.stm>>. Acesso em 26 out. 2019.

⁸⁸ TPII. *Promotor v. Goran Jelisić* (IT-95-10-T). Julgamento. Juiz-Presidente Claude Jorda. Haia. 14 dez 1999. § 3.

O caso *Jelisić* é considerado paradigmático no que concerne à aplicação do conceito de *lone génocidaire*, pois lidou com a acusação isolada de genocídio em um cenário no qual, segundo o JJPI, a Promotoria não havia estabelecido que um genocídio teria ocorrido em Brcko, levando em consideração todos os elementos constitutivos do tipo penal.⁸⁹ Interessante notar que o juízo tampouco considerou que a Promotoria teria demonstrado além de dúvida razoável “que existia um plano de destruir o grupo muçulmano em Brcko ou em outro local, no qual os assassinatos cometidos pelo acusado supostamente se encaixariam”.⁹⁰

Muito embora seja esse o *leading case* no tema, o JJPI não propôs uma análise aprofundada sobre a hipótese. O tema do genocídio perpetrado por um único indivíduo é exposto como uma consequência de o tribunal ter rechaçado a possibilidade de Jelisić ter apenas participado em um genocídio como cúmplice ou colaborador, visto que não foi comprovado um genocídio; dessa forma, o réu apenas poderia ser responsabilizado como perpetrador do crime. Tendo em vista a afirmação do juízo de que inexistia, para efeitos jurídicos, um plano genocida, restava então ao mesmo se questionar se Jelisić, por si só, seria capaz de efetivar um genocídio.

Dessa sorte, faz-se necessário analisar a fundamentação apresentada pelo JJPI para a possível existência de um genocídio perpetrado por uma única pessoa. Nesse ponto, cabe ressalva de que o próprio tribunal reconheceu que, apesar de teoricamente possível, a hipótese dificilmente se comprova na prática,⁹¹ como será demonstrado mais adiante. Para tanto, transcreve-se o (breve) parágrafo no qual se encontra tal fundamentação:

⁸⁹ Ibid. § 48.

⁹⁰ Ibid. § 98: “In consequence, the Trial Chamber considers that, in this case, the Prosecutor has not provided sufficient evidence allowing it to be established beyond all reasonable doubt that there existed a plan to destroy the Muslim group in Brcko or elsewhere within which the murders committed by the accused would allegedly fit.”

⁹¹ Ibid. §§ 100-101: “100. Such a case is theoretically possible. [...] 101. The Trial Chamber observes, however, that it will be very difficult in practice to provide proof of the genocidal intent of an individual

Esse caso é teoricamente possível. Os assassinatos cometidos pelo acusado são suficientes para estabelecer o elemento material do crime de genocídio e é possível conceber, *a priori*, que o acusado detinha o plano de exterminar todo um grupo sem que essa intenção tivesse sido apoiada por alguma organização na qual outros indivíduos participaram. A esse respeito, os trabalhos preparatórios da Convenção de 1948 ilustram que a premeditação não foi selecionada como um ingrediente jurídico do crime de genocídio, após serem mencionadas pelo comitê *ad hoc* no estágio de negociação, em razão de parecer supérfluo quando considerada a intenção específica já demandada pelo texto e que essa precisão apenas aumentaria o ônus da prova. Se vê com essa omissão que os negociadores da Convenção não consideraram a existência de uma organização um sistema que servisse ao propósito genocida como um elemento jurídico do crime. Dessa forma, eles não descartaram a possibilidade de um único indivíduo objetivar a destruição de um grupo.⁹² (tradução nossa)

Vê-se que o JJPI invocou primordialmente os trabalhos preparatórios da Convenção de Genocídio de 1948 como embasamento jurídico do seu argumento. Ainda, é citada doutrina a dar suporte à hipótese do perpetrador individual,⁹³ e, de forma mais ampla, o juízo levou em consideração os casos *Akayesu* e *Kayishema*, ambos do TPIR, que constituíam, à época do julgamento, a única jurisprudência internacional sobre genocídio.⁹⁴

No que concerne aos trabalhos preparatórios, o juízo advertiu que a premeditação foi debatida no âmbito do art. II da Convenção, mas que foi descartada na versão final do texto, uma vez que o tipo penal já continha a exigência do *dolus specialis*. Por isso, já haveria um alto *standard* para provar

if the crimes committed are not widespread and if the crime charged is not backed by an organisation or a system.”

⁹² TPII. *Promotor v. Jelisić*. Julgamento. Op. cit., § 100. “Such a case is theoretically possible. The murders committed by the accused are sufficient to establish the material element of the crime of genocide and it is *a priori* possible to conceive that the accused harboured the plan to exterminate an entire group without this intent having been supported by any organisation in which other individuals participated. In this respect, the preparatory work of the Convention of 1948 brings out that premeditation was not selected as a legal ingredient of the crime of genocide, after having been mentioned by the *ad hoc* committee at the draft stage, on the grounds that it seemed superfluous given the special intention already required by the text and that such precision would only make the burden of proof even greater. It ensues from this omission that the drafters of the Convention did not deem the existence of an organisation or a system serving a genocidal objective as a legal ingredient of the crime. In so doing, they did not discount the possibility of a lone individual seeking to destroy a group as such.”

⁹³ DROST, Pieter. *The Crime of State: Genocide*. A.W. Sythoff: Leiden, 1959, p. 85: “both as a question of theory and as a matter of principle nothing in the present Convention prohibits its provisions to be interpreted and applied to individual cases of murder by reason of the national, racial, ethnical or religious qualities of the single victim if the murderous attack was done with the intent to commit similar acts in the future and in connection with the first crime”.

⁹⁴ TPII. *Promotor v. Jelisić*. Julgamento. Op. cit., § 61.

que um acusado detinha a intenção específica, e acrescentar a premeditação tornaria o ônus da prova da acusação impraticável. Conforme o entendimento do JJPI, o fato de o vocábulo ‘deliberado’ ter sido excluído do texto final do art. II, após proposta do representante belga,⁹⁵ poderia ser consequentemente entendido como a rejeição da ideia de política de Estado ou plano como elemento constitutivo do crime genocídio.

Em contrapartida, William Schabas sustenta que os trabalhos preparatórios da Convenção, em realidade, não apresentam uma resolução inequívoca, como o JJPI parece sugerir.⁹⁶ Segundo ele, o debate do Comitê *Ad Hoc* girava em torno da inclusão do vocábulo ‘deliberados’, com relação às condutas elencadas no art. II. O relatório desse comitê não incluía, em um primeiro momento, o vocábulo ‘intenção’, o que foi adotado após proposta do representante dos Estados Unidos. Assim, a proposta final do Comitê *Ad Hoc* para o texto da convenção continha ambas as referências, e seu relatório estabelecia que a noção de premeditação fazia parte dessa definição.⁹⁷ Já no Sexto Comitê da Assembleia Geral da ONU, o mesmo debate levou à exclusão da palavra ‘deliberados’, sem, contudo, excluir de forma definitiva a noção de premeditação que já estava contida no relatório.

Portanto, Schabas adverte que, mesmo que o JJPI pudesse considerar que os trabalhos preparatórios continham uma decisão conclusiva de exclusão do conceito de premeditação sob a égide do art. II, o juízo extrapolou tal conclusão, estendendo esse entendimento ao ponto de afirmar que o crime de genocídio não compreende um plano ou política de Estado. Mais importante, o autor questiona

⁹⁵ ONU. Assembleia Geral. *Genocide: Draft Convention (E/794) and Report of the Economic and Social Council*. UN Doc. A/C.6/217, 5 out. 1948. p. 2; Id. Assembleia Geral. *Seventy-second Meeting*. UN Doc. A/C.6/SR.72, 12 out. 1948. p. 6.

⁹⁶ SCHABAS, William. Has Genocide Been Committed in Darfur?. In: HENHAM, Ralph; BEHRENS (Orgs.) *The Criminal Law of Genocide*. Aldershot: Ashgate, 2007. p. 43.

⁹⁷ ONU. Conselho Econômico e Social. *Report of the Committee and Convention Drawn up by the Committee*. UN Doc. E/794, 24 mai. 1948. p. 5.

se o mero fato de a hipótese do *lone génocidaire* não ter sido expressamente excluída significa necessariamente que a existência de uma política de Estado não é um elemento do crime.⁹⁸

Além da menção a *mens legis*, a corte cita passagem doutrinária de 1959 – vale dizer, que precede o julgamento em quatro décadas, e muito antes da constituição de tribunais internacionais *ad hoc* –, na qual lê-se:

tanto por uma questão de teoria, quanto por uma questão de princípio, nada na presente Convenção proíbe seus dispositivos de serem interpretados e aplicados a casos individuais de assassinato por razão de qualidades nacionais, raciais, étnicas ou religiosa da vítima única, se o ataque homicida foi realizado com a intenção de cometer atos similares no futuro e em conexão com o primeiro crime.⁹⁹ (tradução nossa)

Muito embora o tribunal tenha se utilizado dessa referência como subsídio para justificar a hipótese do *lone génocidaire*, há que se destacar que essa passagem pode ser interpretada de modo diverso. O trecho elucida a possibilidade de tratar *casos individuais de assassinato* como genocídio, e, nesse sentido, faz menção às qualidades nacional, racial, étnica ou religiosa de *um único indivíduo*. Assim, pode-se ler a mesma passagem como uma análise sobre a quantidade de vítimas do crime de genocídio – e não como uma referência à quantidade de perpetradores.

Essa visão tem apoio na segunda parte do trecho, que se refere à intenção do perpetrador de cometer atos similares no futuro e em conexão com o primeiro crime, pois parece sugerir que o caso de um assassinato com uma única vítima pode ser caracterizado como genocídio desde que o perpetrador pretenda reiterar a conduta criminosa com a mesma intenção persecutória. Por essas razões, não se sustenta de forma firme essa passagem como embasamento doutrinário à possibilidade de um genocídio cometido por um único perpetrador, sendo mais

⁹⁸ SCHABAS, 2007, Op. cit., p. 44.

⁹⁹ Ver nota de rodapé 100.

persuasiva a interpretação de que o autor se referia ao caso de uma vítima isolada.

Como última fonte, o juízo invoca o precedente do caso *Kayishema* do TPIR, o qual declarou, de forma muito similar ao TPII, que teoricamente seria possível um genocídio perpetrado por apenas uma pessoa, já que a existência de um plano específico não é elemento constitutivo do crime.¹⁰⁰ Não é surpresa, contudo, a concessão que ambos os juízos fazem quanto à dificuldade prática de levar a cabo um genocídio sem um plano ou uma organização. A jurisprudência citada expandiu essa análise, notando que é virtualmente impossível a ocorrência de um genocídio sem o envolvimento, ao menos indireto, de um Estado, o que se atribui diretamente à magnitude desse crime.¹⁰¹

O caso *Kayishema* difere de *Jelisić* em diversos pontos. De especial importância, porém, é destacar que, naquele, o TPIR estabeleceu que existia um plano genocida com envolvimento do aparelho estatal – enquanto o mesmo não pode ser dito no caso do TPII. O réu Clément Kayishema exercia o cargo de *préfet* no distrito de Kibuye durante os acontecimentos discutidos no caso, o que por si só já demonstra um elemento estatal.¹⁰² Não obstante, seu cargo oficial não seria o suficiente se não existisse de fato um plano genocida, o que restou comprovado, segundo o juízo recursal, pela prova testemunhal e pelas intenções externadas por Kayishema.¹⁰³ Conforme estabeleceu o JR, a existência de um

¹⁰⁰ TPIR. *Promotor v. Kayishema* (ICTR-95-1-A). Julgamento. Juiz-Presidente William H. Sekule. Arusha. 21 mai. 1999. § 94: “although a specific plan to destroy does not constitute an element of genocide, it would appear that it is not easy to carry out a genocide without such a plan, or organisation”.

¹⁰¹ Ibid. § 94. “It is also the view of the Chamber that although a specific plan to destroy does not constitute an element of genocide, it would appear that it is not easy to carry out a genocide without such a plan, or organisation. Morris and Scharf note that “it is virtually impossible for the crime of genocide to be committed without some or indirect involvement on the part of the State given the magnitude of this crime.” They suggested that “it is unnecessary for an individual to have knowledge of all details of the genocidal plan or policy.” The Chamber concurs with this view.”

¹⁰² VERDIRAME, Guglielmo. The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, n. 3, p. 578–598, 2000. p. 586.

¹⁰³ TPIR, *Promotor v. Kayishema* (ICTR-95-1-A). Julgamento do Recurso. Juiz-Presidente Claude Jorda. Haia. 1 jun. 2001. § 143.

plano por trás de uma campanha genocida é uma forte evidência da existência de *dolus specialis*, mesmo que não seja um elemento necessário para a configuração do tipo penal.¹⁰⁴

Sobretudo, a diferença fundamental entre os casos é que, comprovada a existência de um plano genocida do qual o Estado e seus representantes participam, resta claro que a efetivação do genocídio não poderia ser o resultado da ação de uma única pessoa. Assim, uma vez que o TPIR considerou devidamente estabelecida a existência material de um genocídio, a questão restava simplesmente sobre provar a responsabilidade dos acusados sobre esse. Por outro lado, o TPII sequer chegou a uma conclusão sobre a ocorrência de um genocídio em Brcko – o que se pode atribuir, justamente, à ausência de um plano ou organização clara.

Por fim, deve-se ressaltar que Goran Jelisić foi inocentado das acusações de genocídio com base na falta de dolo específico. Não obstante as afirmações do réu de que odiava todos os muçulmanos e queria matá-los;¹⁰⁵ de que precisava executar 20 a 30 pessoas antes que pudesse tomar seu café-da-manhã;¹⁰⁶ sobre como 70% dos detentos muçulmanos do campo de Luka seriam mortos e os outros 30% seriam violentamente agredidos; sobre como os “*balijas*”¹⁰⁷ haviam se proliferado demais e que ele deveria livrar o mundo deles; e sobre seu desejo de esterilizar as mulheres muçulmanas,¹⁰⁸ o júízo considerou que Jelisić não demonstrava de forma inequívoca uma intenção de destruir, em todo ou em parte, o grupo muçulmano. Segundo seu entendimento, o fato de o réu ter garantido *laissez-passer* a pelo menos duas vítimas serviria como contraponto

¹⁰⁴ Ibid. § 138: “It further opined (and the Appeals Chamber agrees) that even though a genocidal plan is not a constituent element of the crime of genocide, the existence of such a plan would be strong evidence of the specific intent requirement for the crime of genocide.”

¹⁰⁵ TPII. *Promotor v. Jelisić*. Julgamento. Op. cit., § 102.

¹⁰⁶ Ibid. § 103.

¹⁰⁷ Termo pejorativo que se referia aos muçulmanos na Bósnia-Herzegovina.

¹⁰⁸ TPII. *Promotor v. Jelisić*. Julgamento. Op. cit., § 102.

às suas declarações de cunho evidentemente persecutório e discriminatório.¹⁰⁹ Assim, o JJPI não considerou provado o *dolus specialis*, pois o comportamento de Jelisić poderia ser melhor descrito como a manifestação de uma personalidade deturpada, que matava de forma arbitrária, do que como a intenção de destruir um grupo protegido.¹¹⁰

Portanto, a solução imposta pelo TPII, muito longe de confirmar a possibilidade da existência do *lone génocidaire*, parece demonstrar a estranheza desse conceito frente à realidade. Se nem mesmo um réu que publicamente se vangloriava de seu desejo de destruir totalmente um grupo religioso tão-somente por sua fé carrega o *dolus specialis*, é difícil pensar em como a hipótese do genocídio perpetrado por um único ator se desenvolveria no plano fático. Logo, tendo inocentado aquele que poderia ser o perpetrador único do crime, o julgamento pode ser interpretado como a negação da regra, que, na verdade, acaba por prová-la.

Isto posto, resta claro que a principal dificuldade na prova do dolo específico quanto ao *lone génocidaire* é a assertiva sobre a existência ou não de um plano, organização ou política de Estado que pretenda implementar um genocídio. Vale dizer, é necessário indagar se a existência de uma política de Estado é pré-requisito da definição jurídica de genocídio – e, se afirmativo, quais as consequências para a hipótese do perpetrador único.

2.2 Análise da existência do requisito de política ou plano no crime de genocídio

Não há resposta simples para o problema da existência (ou não) de um plano ou de uma organização com elemento estatal como parte fundamental do

¹⁰⁹ Ibid. § 106.

¹¹⁰ Ibid. §§ 105 -108.

genocídio. Por um lado, a definição do crime trazida pelo art. II da Convenção e, igualmente, pelo art. 6º do Estatuto de Roma não dita a existência de uma política genocida. Por outro lado, diversos doutrinadores sustentam que é inerente ao genocídio um certo grau de sistematicidade, de coletividade – o que também encontra suporte nos Elementos dos Crimes.

Primeiramente, há que se indagar se um possível elemento contextual do crime de genocídio estaria atrelado à conduta ou à intenção do perpetrador.¹¹¹ Vale dizer, a existência de um plano genocida pode ser um requisito do elemento objetivo, no qual uma conduta criminosa só é cometida no contexto de uma campanha genocida, com vários atos sendo cometidos como parte desse plano. Em contrapartida, se o elemento contextual está embutido na intenção, significa dizer que um perpetrador deve ter, ao menos, consciência da existência de um plano genocida.

Nesse ponto, alguns autores distinguem a intenção geral com relação às condutas individuais (*‘Einzeltaten’*) do dolo específico, da intenção de destruir, relacionada ao nível coletivo de ação genocida (*‘Gesamttat’*).¹¹² Essa distinção parte do pressuposto de que um indivíduo sozinho não pode, realisticamente, desejar que a destruição de um grupo protegido ocorra simplesmente pela sua conduta genocida individual; assim, a intenção de destruir do sujeito deve estar ligada ao resultado que será efetivado pela atividade coletiva do genocídio.¹¹³ Sendo o crime de genocídio justamente caracterizado pela existência de um dolo específico, parece lógico que seja o *dolus specialis* a carregar um elemento contextual.¹¹⁴

¹¹¹ SCHABAS, William. The Jelisić Case and the Mens Rea of the Crime of Genocide. *Leiden Journal of International Law*. Leiden, v. 14, p. 125–139, 2001. p. 133.

¹¹² Alguns dos principais defensores dessa corrente são Hans Vest e Claus Kress.

¹¹³ KRESS, Claus. The Darfur Report and Genocidal Intent. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, v. 3, n. 3, p. 562–578, julho 2005. p. 566.

¹¹⁴ AMBOS, Op. cit., v. 2. p. 28.

Com efeito, atribuir ao elemento objetivo ou ao subjetivo a existência de um contexto genocida tem consequências diretas na hipótese do *lone génocidaire*. Se o elemento contextual se refere à conduta, essa hipótese cai por terra, já que o perpetrador individual pode cometer diversos atos que incorrem em condutas tipificadas, mas que não estão conectados a uma campanha genocida que vai além dos crimes individuais.¹¹⁵ No entanto, se, como se pretende argumentar, a existência de um plano está ligada à intenção de destruir, ainda seria possível a existência de um perpetrador único, desde que empregada uma abordagem de propósito, e não de conhecimento.¹¹⁶

Uma vez estabelecido que analisar a existência de uma política genocida com relação à intenção do acusado é necessário frente à hipótese do perpetrador individual do genocídio, imprescindível demonstrar algumas das diferentes correntes sobre o tema. Em primeiro lugar, será abordado o requisito de política como uma característica inerente ao genocídio, que está implícita nesse crime. Então, analisa-se uma abordagem estrutural do crime, que distingue o nível individual do coletivo, segundo a qual é necessário um elemento contextual para haver crime. Finalmente, serão elencadas algumas autoridades sobre o tema que mantêm maior afinidade com os dizeres do caso *Jelisić*, demonstrando algumas de suas nuances argumentativas.

2.2.1 A política estatal como elemento implícito do tipo

Conforme o entendimento do Prof. Schabas, o requisito de existência de um plano ou política de Estado sempre esteve implícito na noção tanto de crimes contra a humanidade, quanto de genocídio, mesmo que os dispositivos jurídicos que os tipificaram fossem silentes nesse ponto.¹¹⁷

¹¹⁵ SCHABAS, 2001, Op. cit., p. 133.

¹¹⁶ Vide cap. 1.

¹¹⁷ SCHABAS, 2007, Op. cit., p. 47.

O autor elenca algumas razões que dão suporte a essa visão, como: a origem histórica do crime de genocídio; a incorporação de um *standard* de ‘manifesto padrão de conduta’ nos Elementos dos Crimes; e a interpretação de genocídio emanada na decisão da CIJ no *2007 Genocide Convention case* e no relatório da Comissão Internacional de Inquérito sobre Darfur.

No que tange à construção histórica do genocídio, importa a anotação de que a justiça penal internacional se desenvolveu com base em crimes de Estado.¹¹⁸ A criação de organismos de responsabilidade criminal internacional está intimamente relacionada à impunidade em situações de atrocidade e graves violações, pois eram os próprios Estados que realizavam em seu âmbito interno essas condutas; assim, a eles não interessava uma persecução penal, até por serem cúmplices nos crimes. Com essa realidade em mente, Raphael Lemkin já tratava da existência de um plano como *conditio sine qua non* para a existência de um genocídio.¹¹⁹

Como evidência da existência implícita do elemento contextual, o autor direciona seu olhar à história legislativa do crime de genocídio. Como discutido anteriormente, os trabalhos preparatórios da Convenção de Genocídio não dão uma resposta conclusiva sobre esse assunto, como o JJPI sustentou no caso *Jelisić*.¹²⁰ Adicionalmente, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em seu comentário sobre o *Draft Code* de 1996, sugere que a avaliação sobre a existência de um plano ou política genocida é um aspecto central do

¹¹⁸ Ibid. p. 47.

¹¹⁹ SCHABAS, William. State Policy as an Element of International Crimes. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Chicago, v. 98, n. 3, p. 953-982, 2008. p. 966.

¹²⁰ O autor argumenta que o JJPI interpretou erroneamente os trabalhos preparatórios. SCHABAS, 2009, Op. Cit., p. 245.

crime, pois faz múltiplas referências ao grau de conhecimento que o acusado detém do plano.¹²¹

Nessa mesma linha, com a adoção pelos Estados-parte do TPI dos Elementos dos Crimes em 2002, se confirmava a necessidade de uma política dentro do crime de genocídio. Em relação a todas as condutas tipificadas, a Assembleia de Estados-parte adotou dispositivo que diz: “A conduta ocorreu no contexto de manifesto padrão de conduta similar direcionado contra aquele grupo, ou era uma conduta que poderia por si só efetivar sua destruição.”¹²² Com a adoção desse texto, é possível argumentar que a existência de um plano faz parte da *opinio juris* dos Estados, já que, muito embora esse requisito não tenha sido incluído no texto do Estatuto de Roma, os Estados tenham sentido a necessidade de incorporá-lo ulteriormente.¹²³ Assim, é plausível dizer que, tendo em vista o *status* costumeiro da proibição do genocídio, poderia estar surgindo um costume em relação ao envolvimento do Estado nesse crime.

Sem prejuízo, o argumento de maior peso a favor da interpretação proposta por Schabas é a compatibilização da responsabilidade internacional do Estado com a responsabilidade criminal individual. Isso está evidenciado na decisão da CIJ sobre o genocídio na Bósnia-Herzegovina, bem como no relatório final da Comissão Internacional de Inquérito sobre Darfur. Em ambos os casos, ao invés de analisarem o papel individual de determinados agentes (cujos atos poderiam ser imputados a um Estado) na efetivação de um genocídio, os

¹²¹ ONU. Assembleia Geral. Comissão de Direito Internacional. *Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Eighth Session*. U.N. Doc. A/51/10, 26 jul. 1996. § 45.

¹²² “The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction.” O Elemento coloca duas hipóteses e, até certo ponto, reconhece que um indivíduo poderia efetivar um genocídio na segunda parte do dispositivo. Porém, justamente pela dificuldade prática que impõe, a segunda parte tem recebido pouca atenção quer da doutrina, quer da jurisprudência.

¹²³ SCHABAS, 2008, Op. cit., p. 967.

organismos mantiveram como foco a determinação se o Estado em questão perseguiu um plano genocida.¹²⁴

Nesse diapasão, como referido no capítulo anterior, o Prof. Schabas argumenta que a ideia proposta pela CIJ de que um Estado pode ter *dolus specialis* não passa de uma ficção, porque tenta aplicar um conceito de imputabilidade individual a uma entidade que não tem intenção, mas sim, política.¹²⁵ Por tal razão, uma solução mais satisfatória seria de avaliar se um genocídio ocorreu, em primeiro lugar, estabelecendo se havia a respectiva política estatal. Uma vez estabelecida a existência dessa política, se torna mais fácil e lógico aferir quais indivíduos particulares seriam responsáveis por esses atos. Dessa forma, o plano de responsabilidade do Estado estaria em direta conformidade com a responsabilidade criminal individual.

Portanto, esse entendimento soluciona um dos pontos do caso *Jelisić*, qual seja, da incoerência na argumentação do JJPI sobre a não-existência de um genocídio, ou da não-comprovação por parte da Promotoria sobre a existência de um plano genocida. O juízo, que então se direcionou à possibilidade de Jelisić ser perpetrador único de um genocídio, poderia ter descartado essa possibilidade já mesmo com a aferição da falta de política genocida.

Sendo assim, sob a ótica do autor, a possibilidade do *lone génocidaire* é mera “sophomoric *hypothèse d’école*” – uma formulação meramente acadêmica de questionável seriedade –, que apenas apresenta uma distração às instituições judiciais internacionais.¹²⁶ Tanto o é, que, até o momento, nenhuma condenação

¹²⁴ SCHABAS, 2009, Op. cit., p. 250.

¹²⁵ SCHABAS, 2008, Op. cit., p. 971.

¹²⁶ SCHABAS, William. Darfur and the “Odious Scourge”: The Commission of Inquiry’s Findings on Genocide. *Leiden Journal of International Law*. Leiden, v. 18, n. 4, p. 871-885, 2005. p. 877.

internacional de genocídio foi efetuada sem que os juízos tenham concluído pela existência de uma organização ou de uma política estatal.¹²⁷

2.2.2 Dualidade entre a conduta individual e o nível coletivo de ação genocida

Por seu turno, o Prof. Claus Kress adota a dualidade entre ato individual e nível coletivo de ação como ponto de partida para avaliar a intenção, sem necessariamente se referir a uma política estatal. Em sua visão, a análise sobre a intenção de destruir deve levar em conta que a prática, a realidade do genocídio demonstra que esse é um crime sistêmico.¹²⁸ Nesse sentido, apesar de existirem, por óbvio, perpetradores individuais, esses estão interconectados por uma atividade genocida coletiva, que pode envolver um simples grupo, uma entidade, ou um Estado.¹²⁹

Assim, o autor correlaciona quatro motivos pelos quais é necessário usar a lente da sistematicidade para analisar o dolo específico: primeiramente, a palavra ‘intenção’ pode ser entendida tanto pelo propósito, quanto pelo conhecimento; a história legislativa da Convenção de Genocídio não oferece uma solução definitiva sobre esse; a analogia com sistemas domésticos não apresenta um significado mais claro sobre o que seria o *dolus specialis*; e, finalmente, não se encontra no direito costumeiro uma interpretação decisiva sobre a intenção genocida.¹³⁰

Primeiramente, o dispositivo do art. 6º do Estatuto de Roma é, *prima facie*, compatível com ambas as abordagens de propósito e de conhecimento. Como exemplo disso, a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* utilizou o critério de ‘desejo consciente de destruir’, estabelecido pelo TPIR no caso *Akayesu* e

¹²⁷ SCHABAS, 2009, Op. cit., p. 246-247.

¹²⁸ KRESS, 2005, Op. cit., p. 572.

¹²⁹ Ibid. p. 562.

¹³⁰ Ibid. p. 572.

reiterado pelo TPII no caso *Krstić*.¹³¹ No entanto, esse *standard* é potencialmente problemático, porque cria uma incoerência interna – o ‘desejo’ está relacionado ao resultado que se pretende alcançar, ou seja, o propósito; ‘consciente’ afere o grau de conhecimento do indivíduo, o que ele efetivamente sabe. Assim, apesar de ter prevalecido na jurisprudência a abordagem de propósito em abstrato, o que se vê é uma aplicação envergonhada de uma abordagem de conhecimento com relação à matéria fatural.¹³² Logo, não é possível atribuir à literalidade do texto apenas um significado.

Além disso, não há consenso nos trabalhos preparatórios da Convenção de Genocídio sobre qual seria o significado adequado para a ‘intenção de destruir’. Alexander Greenawalt, em sua análise sobre os debates que precederam a convenção, chegou à conclusão que os trabalhos preparatórios apenas reforçam a ambiguidade de interpretação contida no texto final.¹³³ Kress atribui essa leitura a dois fatores, quais sejam, a frequente confusão nos debates entre intenção e motivação e a inexistência de uma conclusão sobre o tratamento a ser dado às pessoas que agiam sob ordem hierarquicamente superior.¹³⁴

Por conseguinte, o autor oferece análise sobre o *dolus specialis* com base no *dictum* do JJPI no caso *Akayesu*. A decisão em comento declara que o conceito de *dolus specialis* é um conceito bem difundido na tradição romano-germânica. Contudo, o autor analisa como esse dolo, seja no francês *dol spécial*, no alemão *Absicht*, ou no inglês *specific intent*, é tratado de formas diferentes

¹³¹ TPIR. *Promotor v. Akayesu* (ICTR-96-4-T). Julgamento. Juíza-Presidente Laïty Kama. Arusha. 2 set. 1998. § 498; TPII. *Promotor v. Krstić* (IT-98-33-A). Julgamento do Recurso. Juiz-Presidente Theodor Meron. Haia. 19 abr. 2004. § 134.

¹³² KRESS, 2005, Op. cit., p. 571.

¹³³ GREENAWALT, Alexander. Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation. *Columbia Law Review*. Nova Iorque, v. 99, n. 8, 1999, p. 2259-2294. p. 2270.

¹³⁴ KRESS, Claus. The ICC's first encounter with the crime of genocide: The case against Al-Bashir. In: STAHN, Carsten (ed.). *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Londres: Oxford University Press, 2015, p. 669-704. p. 699-700.

em sistemas jurídicos domésticos, de forma que não oferece solução razoável ao questionamento na esfera penal internacional.¹³⁵

Por fim, com relação à interpretação da norma convencional à luz do direito costumeiro, o autor comenta a decisão do caso *Krstić*, na qual o JJPI declarou não existir, no momento das ações do acusado, costume internacional sobre interpretar a intenção genocida a partir da abordagem de conhecimento.¹³⁶ O mesmo parágrafo aduz que os trabalhos preparatórios da Convenção de Genocídio demonstram de forma clara que os representantes dos Estados visualizavam o genocídio como um ‘empreendimento’.¹³⁷ Sendo assim, ainda que, supostamente, os trabalhos preparatórios fossem claros nesse tema, o ‘empreendimento’ está mais intimamente ligado a um nível coletivo de ação – ou seja, o fato de a abordagem de conhecimento não ser aplicada com relação à coletividade não significa que essa não seja cabível quando aplicada à intenção genocida a nível individual.¹³⁸

A partir dessa fundamentação, Kress propõe a distinção entre o nível individual e o nível coletivo de ação genocida, e que seja empregada a abordagem de conhecimento para harmonizar os dois planos, ainda que a intenção a nível individual e a nível coletivo possa ser distinta.¹³⁹

Em seu entendimento, estabelecer o conhecimento dos agentes como o critério mínimo para alcançar a intenção de destruir tem a vantagem de abarcar tanto executores quanto mandantes. Lemkin, em sua formulação original do crime, já visava responsabilizar aqueles que emitiam a ordem, bem como

¹³⁵ KRESS, 2005, Op. cit., p. 569-570.

¹³⁶ TPII. *Promotor v. Krstić*. Julgamento. Op. cit., § 571.

¹³⁷ Ibid. § 571: “[t]he preparatory work of the Genocide Convention clearly shows that the drafters envisaged genocide as an enterprise whose goal, or objective, was to destroy a human group, in whole or in part”.

¹³⁸ KRESS, 2015, Op. cit., p. 700.

¹³⁹ KRESS, 2005, Op. cit., p. 573.

aqueles que a colocavam em prática –¹⁴⁰ assim, argumenta Kress que o genocídio não é um crime de liderança, como o é o crime de agressão, por exemplo.¹⁴¹ Dessa forma, apesar de teoricamente possível que vários indivíduos executassem uma campanha genocida sem cada um, por si só, ser detentor da intenção de destruir um grupo protegido, esses indivíduos poderiam ser responsabilizados se tivessem conhecimento do plano genocida.

Igualmente vantajosa é a ‘congruência estrutural’ entre o genocídio e os crimes contra a humanidade, garantida pela abordagem de conhecimento.¹⁴² Nesse ponto, o autor analisa a origem histórica do genocídio como uma espécie dos crimes contra a humanidade, de forma que nascem de uma base comum. O tipo penal dos crimes contra a humanidade, sob a égide do art. 7º do Estatuto de Roma, inclui expressamente a necessidade de um contexto – o ataque deve ser de larga-escala ou sistemático, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização. Conforme leciona Kress, o fato desse crime fazer referência explícita ao nível coletivo de atividade, e no crime de genocídio haver apenas implicitamente a correlação entre conduta individual e conduta coletiva, não é uma diferença material, mas apenas de técnica. Importa salientar, também, que o autor reconhece que, com a introdução do Elemento do Crime que fala sobre o manifesto padrão de conduta, essa correlação passou a ser explícita.¹⁴³

Tendo em vista que ambos os crimes pretendem definir a participação individual em um ato sistêmico, a especificidade do genocídio é o objetivo *coletivo* de destruir um grupo protegido, de forma que é necessário situar o ato de indivíduos dentro de uma ‘fôrma’ coletiva. Se o indivíduo tem conhecimento

¹⁴⁰ LEMKIN, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944. p. 93.

¹⁴¹ KRESS, 2005, Op. cit., p. 574.

¹⁴² Ibid. p. 575-576.

¹⁴³ Ibid. p. 575, nota 54.

da existência desse plano coletivo, argumenta o autor que o perpetrador deve agir pelo menos com dolo eventual em relação ao resultado genocida.¹⁴⁴

Em suma, o autor propõe como requisitos da intenção genocida a nível individual o conhecimento de um ataque coletivo direcionado à destruição, em todo ou em parte, de um grupo protegido, e dolo eventual quanto à ocorrência efetiva dessa destruição.¹⁴⁵ Adicionalmente, o ataque deve ser realisticamente capaz de infligir o resultado-destruição.¹⁴⁶ Consequentemente, não seria possível a existência de um *lone génocidaire*, porque, sem um nível coletivo de ação genocida, não há que se falar em intenção genocida individual. Nas palavras do autor, “na ausência de um objetivo coletivo de destruir, o desejo [do] indivíduo de destruir permaneceria uma esperança em vão e, por isso, juridicamente irrelevante”.¹⁴⁷

2.2.3 A exigência de uma política é incompatível com o texto convencional

Contrariamente às visões expostas nos itens anteriores, há aqueles que se filiem, em maior ou menor grau, ao entendimento firmado no caso *Jelisić* de que a existência de uma organização ou política não é um elemento constitutivo do crime de genocídio. Esses autores se baseiam em diferentes premissas que confirmam essa visão, como se evidencia a seguir.

Sam Clearwater, em resposta ao argumento de Schabas, aduz que o julgamento do *2007 Genocide Convention case* não tenta encaixar a política de um Estado no conceito de *dolus specialis*, mas sim expressamente aceita a

¹⁴⁴ Ibid. p. 577.

¹⁴⁵ Ibid. p. 577.

¹⁴⁶ KRESS, 2015, Op. cit., p. 698. Esse standard é discutido em mais detalhes no cap. 3.

¹⁴⁷ KRESS, 2005, Op. cit., p. 578: “...in the absence of a collective goal to destroy, the desire of such individuals to destroy would remain a vain and thus legally irrelevant hope.”

política de Estado como uma *alternativa* à intenção individual.¹⁴⁸ Nesse sentido, o julgamento coloca que “[o] *dolus specialis*, o dolo específico de destruir o grupo em todo ou em parte deve ser demonstrado de maneira convincente por referência a circunstâncias particulares, a menos que um plano geral para esse fim possa ser demonstrado de forma convincente” (tradução nossa).¹⁴⁹

Adicionalmente, o autor rechaça a argumentação de Kress de que é necessário um nível coletivo de ação genocida. Segundo Clearwater, é incorreta a assertiva de que o *status* do genocídio como um crime internacional sugere que haja uma dimensão internacional ou estatal para um genocídio, ainda que perpetrado por indivíduos.¹⁵⁰ O autor concede que um genocídio não é normalmente perpetrado por um único indivíduo, mas afasta a dualidade do nível coletivo e individual de ação, que, segundo ele, necessita de amplos indícios de um genocídio coletivo, sem os quais não é possível considerar culpado um indivíduo, pois esse não seria capaz de formar intenção realística.¹⁵¹

Por seu turno, David Alonzo-Maizlish considera que é inteiramente irrelevante a existência de um plano, instituído por um Estado ou outra entidade, para avaliar a intenção de um indivíduo; se esse plano tinha chances realísticas de atingir seu objetivo; ou mesmo se pretendia atingir um número largo ou restrito de vítimas.¹⁵² Segundo o autor, o caso *Jelisić* resolveu a controvérsia sobre a existência de um requisito de política ou plano, em sua determinação de que esse não é um elemento jurídico da definição do art. II da Convenção.

¹⁴⁸ CLEARWATER, Sam. Holding States Accountable for the Crime of Crimes: An Analysis of Direct State Responsibility for Genocide in Light of the ICJ's 2007 Decision in *Bosnia v Serbia*. *Auckland University Law Review*. Auckland, v. 15, n. 1, 2009. p. 34.

¹⁴⁹ 2007 *Genocide Convention Case*, § 373. “The *dolus specialis*, the specific intent to destroy the group in whole or in part, has to be convincingly shown by reference to particular circumstances, unless a general plan to that end can be convincingly demonstrated to exist”.

¹⁵⁰ CLEARWATER, Sam. Op. cit., p. 35.

¹⁵¹ Ibid. p. 35.

¹⁵² ALONZO-MAIZLISH, David. In Whole or in Part: Group Rights, the Intent Element of Genocide, and the “Quantitative Criterion”. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 77, 2002, p. 1369-1403. p. 1380-1381.

Ainda, Alonzo-Maizlish considera que a Convenção, bem como o Estatuto do TPII demonstram uma vontade explícita, como evidenciado pelo propósito, contexto, objeto e pela linguagem utilizada no dispositivo. Dessa forma, uma construção jurisprudencial de um requisito de política estatal significaria a introdução de um requisito factual (*'evidentiary requirement'*), e não jurídico, indo contra a *mens* da definição jurídica do crime de genocídio.¹⁵³

Igualmente, o Prof. Gerhard Werle reconhece que o Elemento do Crime que se refere ao manifesto padrão de conduta abre a possibilidade de um elemento contextual estar atrelado à intenção do indivíduo. Contudo, o autor considera que não é possível adotar essa visão, uma vez que ela é contrária ao texto do Estatuto de Roma e que os Elementos dos Crimes não têm a prerrogativa de alterar os elementos impostos pela literalidade do texto e pelo direito costumeiro internacional.¹⁵⁴ Segundo o autor, o direito costumeiro internacional adota de forma clara a hipótese do *lone génocidaire*, desde que o perpetrador único tenha o propósito de destruir, no todo ou em parte, grupo protegido.¹⁵⁵

Nesse diapasão, o autor argumenta que os dispositivos dos Elementos dos Crimes devem ser entendidos como um requisito procedimental, que limita o poder do juízo para apenas aqueles casos no qual haja um ataque sistemático. No entanto, isso não afetaria a responsabilidade criminal material.¹⁵⁶

Por fim, o Prof. Otto Triffterer se pronunciou no passado no sentido de que a existência de um requisito de política ou um elemento contextual não é consistente com o texto estatutário e, por tal razão, entra em conflito com o art. 9(3) do Estatuto de Roma, o qual determina que os elementos constitutivos dos

¹⁵³ Ibid. p. 1381, nota 51.

¹⁵⁴ WERLE, Gerhard. *Völkerstrafrecht*. 2ª ed. Tübinga: Mohr Siebeck, 2007. § 705.

¹⁵⁵ Ibid. § 703.

¹⁵⁶ Ibid. § 705.

crimes devem ser compatíveis com as disposições do Estatuto.¹⁵⁷ O autor argumenta que as interpretações literal e histórica do elemento subjetivo do genocídio não são conclusivas, mas a interpretação teleológica tampouco é eficiente se pensada em termos de política de persecução penal – o autor se preocupa, principalmente, com a dificuldade da prova do *dolus specialis*, o que gera um obstáculo às acusações e, mais ainda, condenações por crime de genocídio.¹⁵⁸

2.3 A questão da prova da intenção na hipótese do *lone génocidaire*

Demonstradas as principais correntes sobre a exigência de um elemento contextual ou de política estatal, resta claro que esse debate tem implicações diretas para a hipótese do *lone génocidaire*. A doutrina parece, de fato, adotar a intenção de destruir como o elemento que alberga a existência ou não de um plano ou organização. No entanto, a intenção é, justamente, o elemento de mais difícil prova em acusações de genocídio – como essa se concretiza no plano mental, íntimo do acusado, pode-se considerar até mesmo impossível determinar a intenção de outrem.¹⁵⁹

A jurisprudência do TPIR foi largamente responsável pela formulação dos critérios de avaliação do *dolus specialis*, visto que grande parte das acusações de genocídio sob sua jurisdição prosperaram.¹⁶⁰ Assim, conforme determinado no caso *Akayesu*, são circunstâncias relevantes para a determinação do dolo específico: a escala das atrocidades e sua natureza generalizada; vítimas de um grupo terem sido sistemática ou deliberadamente visadas, enquanto

¹⁵⁷ TRIFFTERER, Otto. Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such. *Leiden Journal of International Law*. Leiden, v 14, n. 2, p. 399-408, 2001. p. 407.

¹⁵⁸ Ibid. p. 404-406.

¹⁵⁹ TPIR. *Promotor v. Akayesu*. Julgamento. Op. cit., § 523.

¹⁶⁰ SCHABAS, 2008, Op. cit., p. 958; SCHABAS, 2001, Op. cit., p. 126.

membros de outros grupos eram excluídos desse objetivo; a doutrina política dos perpetradores; a repetição de condutas discriminatórias e destrutivas; e discursos ou projetos que delineassem as bases para massacres.¹⁶¹

Expandindo sobre esse ponto, o julgamento do caso *Kayishema e Ruzindana* traz elementos como: o uso de linguagem depreciativa em relação aos membros do grupo visado; os tipos de armamentos usados, bem como a extensão dos danos causados; o número de vítimas; a forma metódica de planejamento; e a maneira sistemática dos assassinatos.¹⁶² Assim, o juízo colocou alto valor em um critério organizacional, de planejamento das ações genocidas. Contudo, não importa, necessariamente, no reconhecimento da exigência de um contexto genocida, pois é possível imaginar um perpetrador único que igualmente delineie um plano para levar a termo sua intenção genocida. Não obstante, a referência à sistematicidade parece dar suporte a um elemento contextual, uma política, apontando, mais uma vez, para uma relação de interdependência entre as condutas do perpetrador individualmente e uma campanha genocida efetivada a nível generalizado.

Dessa forma, o rol de evidências e indícios apresentados no caso concreto deve ser interpretado conforme os critérios correlacionados na jurisprudência. Esses critérios identificam tanto ações, quanto declarações que devem ser valoradas positiva ou negativamente – ou seja, contra ou a favor do réu – na avaliação de intenção inferida pelas circunstâncias. Conforme formulado no caso *Vasiljević*, a Promotoria deve provar que a intenção criminosa é a única inferência razoável das circunstâncias apresentadas.¹⁶³

¹⁶¹ TPIR. *Promotor v. Akayesu*. Julgamento. Op. cit., § 523-524.

¹⁶² TPIR. *Promotor v. Kayishema e Ruzindana* (ICTR-95-1). Julgamento. Juiz-Presidente William H. Sekule. Arusha. 21 mai. 1999. § 93.

¹⁶³ TPII. *Promotor v. Vasiljević* (IT-98-32). Julgamento do Recurso. Juiz-Presidente Theodor Meron. Haia. 25 fev. 2004. §§ 120 e 128.

No caso *Jelisić*, por seu turno, o JJPI contrapôs às afirmativas do acusado de que queria destruir os muçulmanos o fato de ele ter conferido *laissez-passer* a algumas de suas vítimas. O resultado dessa contraposição foi exculpatório das condutas e das declarações do próprio acusado, tendo o juízo dado enorme peso aos indícios negativos – ainda que esses estivessem em menor número. O tribunal concluiu que esses mínimos indícios bastavam para colocar em dúvida razoável o argumento da Promotoria e, com isso, não era possível uma condenação.

Contrariamente à decisão do TPII, o JJPI no caso *Kayishema* decidiu que o simples fato de 72 crianças terem sido levadas à assistência médica sob as ordens do acusado não era suficiente para criar dúvida sobre sua intenção, tendo em vista as demais provas produzidas no curso do processo.¹⁶⁴ Nesse ponto, interessante notar que o TPIR já havia estabelecido ‘em termos absolutos’, vale dizer, sem levar em consideração a responsabilidade criminal individual, que havia ocorrido um genocídio contra os Tutsis em Ruanda, no caso *Akayesu*.¹⁶⁵ Vale dizer, já se havia comprovado um *elemento contextual*, independente da existência de intenção genocida individual do acusado, o que certamente influenciou no exercício do JJPI em sopesar evidências negativas da intenção, chegando à conclusão de que essas não se sustentavam quando comparadas às positivas.

Assim, a aparente inconsistência de provas sobre a *mens rea* e o *dolus specialis* resultou, igualmente, em um tratamento inconsistente pelos tribunais *ad hoc*.¹⁶⁶ Não obstante, é possível entreter a ideia de que essa divergência tem

¹⁶⁴ TPIR. *Promotor v. Kayishema*. Julgamento do Recurso. Op. cit., § 149.

¹⁶⁵ TPIR. *Promotor v. Akayesu*. Julgamento. Op. cit., § 126.

¹⁶⁶ BEHRENS, Paul. A Moment of Kindness? Consistency and Genocidal Intent. In: HENHAM, Ralph; BEHRENS, Paul. *The Criminal Law of Genocide*. Aldershot: Ashgate, 2007. p. 129.

como fator central precisamente a existência de um plano ou política genocida.¹⁶⁷

Tendo em vista que não se pôde estabelecer um contexto genocida no caso *Jelisić*, a ideia de imputar a um acusado o genocídio seria facilmente refutada pela defesa. Nesse sentido, assiste razão ao JJPI não condenar Goran Jelisić. Segundo Kelly D. Akin, o juízo também teve que considerar a posição do acusado na estrutura em que estava inserido – como comandante do campo em Banja Luka, pode-se dizer que ele fazia parte do baixo escalão da *Republika Srpska*, razão pela qual o tribunal hesitou em declará-lo culpado, ainda mais quando não se havia estabelecido de forma inequívoca a ocorrência do genocídio.¹⁶⁸

Com efeito, o julgamento de Jelisić parece favorecer a máxima de que ‘ações falam mais alto que palavras’ (*‘actions speak louder than words’*). Mesmo em face das múltiplas declarações de cunho racista, discriminatório e violento, o juízo optou por considerar o *laissez-passer* garantido a apenas duas vítimas como uma evidência com poder suficiente para deslocar o equilíbrio de circunstâncias. Assim, as ações são consideradas fatos, enquanto as palavras ficam aquém de fatos.

Isto posto, a inferência sobre intenção adotada no caso *Jelisić* esbarra, em realidade, na questão dos motivos do réu. O JJPI, em sua conclusão sobre a intenção do acusado de destruir um grupo protegido, declarou que a Promotoria não foi capaz de provar além de dúvida razoável que Jelisić foi *motivado* pelo *dolus specialis* do crime de genocídio.¹⁶⁹ Evidentemente, essa passagem trata como um o que em verdade são dois conceitos: de um lado, as razões por que o

¹⁶⁷ VERDIRAME, Op. cit., p. 585.

¹⁶⁸ ASKIN, Kelly D. Judgments Rendered in 1999 by the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda. *ILSA Journal of International and Comparative Law*. Fort Lauderdale, v. 6, p. 485-505, 2000. p. 499.

¹⁶⁹ TPII. *Promotor v. Jelisić*. Julgamento. Op. cit., § 108.

indivíduo decidiu tomar parte em um genocídio, e do outro lado, a formação consciente e voluntária de perseguir o objetivo de destruir grupo protegido.

Esse entendimento foi revisado em grau recursal, tendo o JR optado por diferenciar os conceitos de motivação e dolo específico, concluindo que os motivos são irrelevantes, se provada a intenção.¹⁷⁰ Em *Kayishema*, o JR reforçou que a intenção não deve ser confundida com a motivação.¹⁷¹ Assim, o fato de que um acusado executou um genocídio por prospectos de ganho econômico ou poder político, e não por guardar em seu íntimo sentimento de ódio por um grupo, não exclui que esse tenha formado vontade consciente de destruir, em todo ou em parte, grupo protegido.

No entanto, Paul Behrens problematiza essa separação entre motivos e intenção, pois, a seu ver, a Convenção de Genocídio, ao adotar o *dolus specialis*, torna necessário explorar as razões por trás das condutas genocidas, o que vai além da simples vontade.¹⁷² Nesse ponto, o autor atenta para a questão de que certos motivos demonstram que não havia intenção de destruir e, com isso, negam a existência de *dolus specialis*. A título de exemplo, a limpeza étnica demonstra que não havia intenção de destruir, mas sim de retirar de um território a presença de um grupo determinado.

Não obstante, como o próprio reconhece, há motivos que estão perfeitamente alinhados com a existência do dolo específico genocida. Prudente pensar, então, que esse é o caso de Goran Jelisić. Nas palavras de Behrens:

O provável motivo [do *laissez-passer*] é causado pelo fato que Jelisić, nesses poucos casos, tinha se tornado mestre da vida e da morte. O provável motivo foi o divertimento de Jelisić com seu exercício de poder, que só foi possível pela desumanização de suas

¹⁷⁰ TPII. *Promotor v. Jelisić*. Julgamento do Recurso. Op. cit., § 49.

¹⁷¹ TPIR. *Promotor v. Kayishema*. Julgamento do Recurso. Op. cit., § 161.

¹⁷² BEHRENS, Op. cit., p. 130-131.

vítimas. O provável motivo foi racismo, e como tal, é inteiramente compatível com o dolo específico necessário ao crime de genocídio.¹⁷³ (tradução nossa)

Dessa sorte, Behrens propõe como solução para o equilíbrio entre provas a utilização do princípio da simultaneidade, pois provas aparentemente contraditórias devem ser entendidas pelo momento em que se apresentaram, com relação particularmente àquelas vítimas e circunstâncias.¹⁷⁴

Finalmente, passada a breve elucidação sobre os motivos, impende repisar a centralidade do *dolus specialis* nas acusações de genocídio, e, mais ainda, na hipótese do perpetrador único. No caso do *lone génocidaire*, toda a questão sobre se um genocídio de fato ocorreu em um local dependerá do sopesamento de evidências positivas e negativas de tão-somente um indivíduo.¹⁷⁵

Sendo assim, a inferência da intenção individual do acusado pode sofrer mudança significativa com base na existência ou não de uma política ou plano genocida, considerada como circunstância capaz de evidenciar o *dolus specialis*. Com base nos casos *Jelisić* e *Kayishema*, que reconheceram a possibilidade teórica do *lone génocidaire*, pode-se especular que a avaliação sobre o contexto genocida carregou peso decisivo no equilíbrio de provas positivas e negativas, tendo em vista a absolvição de Goran Jelisić e a condenação de Clément Kayishema.

Portanto, considerando o perpetrador único, indaga-se se seria possível que circunstâncias que não a existência de um plano, política, ou contexto genocida, pudessem, em conjunto, mudar o equilíbrio de provas. Teoricamente, sim. Contudo, a pergunta de *quais* seriam essas circunstâncias complica esse

¹⁷³ Ibid. p. 139. “The likely motive [of the *laissez-passer*] is caused by the fact that Jelisić, in these few cases, had become master over life and death. The likely motive was Jelisić’s enjoyment of this exercise of power, which was made possible only by the dehumanization of his victims. The likely motive was racism, and is as such entirely compatible with the specific intent required for the crime of genocide.”

¹⁷⁴ Ibid. p. 134.

¹⁷⁵ Ibid. p. 127.

cenário. Acima disso, o problema da hipótese do *lone génocidaire* está, precisamente, em transpor essa formulação eminentemente teórica para o plano fático.

Em suma, delineadas as diferentes correntes que permeiam a discussão sobre a existência ou não de um elemento contextual ou de política estatal genocida, parece prosperar a formulação de que faz parte do tipo penal genocídio tal elemento. Seja como elemento implícito, constitutivo do crime, seja como atributo da intenção a nível coletivo, o que se vê é que tal proposição traduz de forma eficiente as interpretações dadas pelos tribunais internacionais até esse momento, uma vez que os casos concretos foram definitivamente permeados pela constatação de envolvimento estatal, ou da falta desse.

Capítulo III: O caso *Promotor v. Omar Al-Bashir* – o convite ao Tribunal Penal Internacional à análise do *lone génocidaire*

3.1 Conflito no Sudão e crise humanitária em Darfur

O Sudão ocupa um lugar no imaginário ocidental bastante simplório: o país remete à fome, pobreza, e conflito, parte de uma ideia pré-concebida de África como um continente de precariedades. Nesse ponto, a lista de casos perante o TPI reforça essa concepção, uma vez que 10 de 11 situações atualmente sob investigação dizem respeito a países africanos.¹⁷⁶ Não obstante, é imperioso buscar uma visão mais profunda do contexto de violações que, sem dúvidas, vêm ocorrendo no país desde 2003.

O Sudão está localizado no chifre da África, fazendo parte do Condomínio Anglo-Egípcio até 1956, quando conseguiu sua independência. Desde então, o país sofreu três golpes militares, em 1958, 1969 e 1989 – o último, o momento de ascensão do General Omar Hassan Ahmad Al-Bashir ao poder, com sua campanha de islamização do Sudão.¹⁷⁷

Não obstante, o projeto de islamização do país remonta mais a tensões étnicas do que religiosas. A população do Sudão é majoritariamente praticante do Islã,¹⁷⁸ mas o projeto de islamização buscava, em realidade, expandir uma visão arabo-cêntrica. No país, existe historicamente uma tensão sensível entre tribos árabes e tribos africanas; nos séculos XVI e XVII, os árabes se estabeleceram na bacia do Rio Nilo e ali formaram uma sociedade urbana sedentária, e durante os cinquenta anos de domínio britânico se tornaram a elite

¹⁷⁶ É necessário distinguir as situações sob investigação das investigações preliminares. A promotoria tem onze investigações em aberto: RDC, Uganda, Darfur, República Centro Africana (I e II), Quênia, Líbia, Costa do Marfim, Mali, Burundi e Georgia.

¹⁷⁷ COLLINS, Robert O. Disaster in Darfur: Historical Overview. Em: TOTTEN, Samuel; MARKUSEN, Eric (eds.). *Genocide in Darfur: investigating the atrocities in the Sudan*. Nova Iorque: Routledge, 2006. p. 7-8.

¹⁷⁸ Ibid. p. 3.

governante do país.¹⁷⁹ Por sua vez, os africanos de diversas etnias estavam estabelecidos em regiões periféricas a Cartum, como, por exemplo, Darfur. O fato de os descendentes de árabes terem formado a elite intelectual e governante do Sudão contribuiu para que alimentassem o sentimento de desdém e depreciação quanto aos africanos, que eram vistos como analfabetos e rústicos.¹⁸⁰

Por consequência da urbanização ripária e do preconceito para com os africanos, o controle do governo sobre o território era extremamente desigual. As políticas estatais estavam voltadas à área central, entre as cidades de Cartum e Omdurman, e quanto maior a distância dessas, menor o controle das autoridades do governo central. Isso contribuiu para a formação de movimentos locais que buscavam maior autonomia para as suas regiões, e que eram considerados rebeldes ou insurgentes pelo governo central.

Nesse contexto, surgiram em 1983 no (atual) Sudão do Sul, então parte do Sudão, o Movimento e o Exército de Libertação do Povo do Sudão (*SPLM/A*)¹⁸¹. O SPLM era o braço político, enquanto o SPLA era o braço armado da luta pela independência do Sudão do Sul. O SPLA foi articulado pelo Coronel John Garang, desertor do Exército Sudanês, e tinha apoio do governo etíope de Mengistu Haile Mariam. O grupo armado treinava em campos na fronteira da Etiópia e em pouco tempo iniciaram sua campanha de insurgência.

Em 1986, enquanto o exército sudanês sofria constantes derrotas na luta contra o SPLA, o Primeiro Ministro sudanês, Sadiq Al-Mahdi, decidiu armar seus apoiadores da tribo Baqqara, nômades que se consideram de origem árabe, falam árabe e ocupam o sul do estado de Darfur, no oeste do Sudão. Armados

¹⁷⁹ Ibid. p. 5.

¹⁸⁰ Ibid. p. 5.

¹⁸¹ Neste trabalho, nos referimos pela sigla em língua inglesa, para facilitar ao leitor pesquisas sobre o tema. De igual forma, usamos as siglas *PDF* em referência às Forças Populares de Defesa; *DLF*, à Frente de Libertação de Darfur; e *JEM*, ao Movimento por Justiça e Igualdade.

com fuzis Kalishnikov e montados em seus cavalos, os *murahileen* (como ficaram conhecidos os comandos dessa milícia) tinham a missão de aniquilar os Dinka, etnia prevalecente entre os sul-sudaneses e o SPLA.

Após o golpe de 30 de junho de 1989, Al-Bashir instituiu o Conselho do Comando Revolucionário no controle do Estado com o objetivo de assegurar o domínio árabe e islâmico sobre a população e os diferentes braços do governo. Assim, uma de suas medidas foi a criação das Forças Populares de Defesa (PDF), cujos recrutas não eram voluntários, mas sim parte de uma conscrição em massa que chegava a cento e cinquenta mil pessoas em 1991.¹⁸² A PDF serviu para substituir o enfraquecido Exército sudanês, pois se acreditava que os oficiais do exército já eram secularizados ao ponto de não aceitarem a islamização; já a PDF tinha pouco treinamento militar, mas eram altamente doutrinados na ideologia do Islã.¹⁸³

Naquele momento, o governo Al-Bashir continuou a armar as milícias *murahileen*, com a crença de que as milícias Baqqara poderiam ser integradas à PDF. Igualmente relevante era a política do governo central de justificar a matança, violação sexual e escravidão dos povos africanos com base na ideologia de pureza árabe, pois os árabes seriam aqueles descendentes diretos do Profeta, enquanto aqueles ditos ‘africanos’ deveriam ser dominados, ou exterminados.¹⁸⁴

Esse cenário de perseguição e discriminação violenta se estendeu por toda a década de 1990, adentrando o novo milênio, tomando novos contornos em 2003, com a crise de Darfur.

Em 26 de fevereiro de 2003, um grupo rebelde formado por aproximadamente 300 pessoas, intitulados a Frente de Libertação de Darfur

¹⁸² COLLINS, Op. cit., p. 7-8.

¹⁸³ Ibid. p. 7-8.

¹⁸⁴ Ibid. p. 9.

(DLF), tomaram a capital da província de Jabal Marra, no estado de Darfur ocidental. A DLF passou a integrar o SPLM, tendo o secretário-geral do movimento, Minni Minnawi, dado uma declaração sobre o uso sistemático pelo governo central de políticas de marginalização, discriminação racial, exclusão, exploração e segregação. Assim, afirmou como objetivo do movimento a resistência política e militar:

SPLM/A se opõe veementemente ... às políticas do Governo de Cartum de usar algumas tribos árabes ... para atingir seu aparato hegemônico que é prejudicial tanto a árabes, quanto a não-árabes... [Consequentemente], a opressão brutal, a limpeza étnica e o genocídio financiado pelo Governo de Cartum deixaram a população de Darfur sem outra opção, senão recorrer à resistência popular política e militar, por nosso objetivo de sobrevivência.¹⁸⁵ (tradução nossa)

Esse momento marcou um acirramento na luta armada entre o Estado, que perseguia uma violenta política de contra-insurgência, e os movimentos rebeldes – a essa altura, juntava-se ao SPLM/A o Movimento por Justiça e Igualdade (*JEM*), cujos propósitos se assemelhavam aos daqueles, com a diferença de procurarem unir todos os povos de diferentes regiões do Sudão em um movimento amplo e inclusivo.¹⁸⁶ O governo do Sudão sustentou diversas derrotas, e respondeu armando cada vez mais as milícias árabes, os antes conhecidos como *murahileen* (que passaram a ser identificados como *Janjaweed*), com o objetivo de salvar as forças do exército.

Tendo em vista o viés étnico da luta em Darfur, o governo do Sudão procurou manipular as divisões étnicas, defendendo que o movimento de insurgência era uma tentativa dos africanos de ‘livrar Darfur dos árabes’. O

¹⁸⁵ The Sudan liberation Movement and Sudan Liberation Army, 2003 Apud COLLINS, Op. cit., p. 10. “[SPLM/A] firmly opposes ... the Khartoum Government’s policies of using some Arab tribes ... to achieve its hegemonic devices that are detrimental both to Arabs and non- Arabs... [Consequently], the brutal oppression, ethnic cleansing, and genocide sponsored by the Khartoum Government [have] left the people of Darfur with no other option but to resort to popular political and military resistance for the purpose of our survival”

¹⁸⁶ Ibid. p. 11.

governo também aproveitou esse recorte para expulsar do exército oficiais darfurianos, os acusando de conspirar para derrubar o governo.

A campanha de limpeza étnica pelos Janjaweed remonta a outubro de 2002, sendo treinados e equipados pelo próprio exército sudanês.¹⁸⁷ Naquele momento, o governador do estado de Darfur falou publicamente em exterminar os Fur, um dos grupos étnicos predominantes na região. Os Janjaweed tinham um padrão de matar os homens, estuprar as mulheres e sequestrar crianças das vilas Fur, instituindo uma tática de terra arrasada para liberar essas áreas para colonização árabe.

Em janeiro de 2003, já se estimavam centenas de Fur mortos, e dezenas de milhares deslocados. Com a tomada de Jabal Marra no mês seguinte, a região caiu em ainda pior desespero. Os Janjaweed intensificaram o extermínio e a perseguição aos grupos Fur, Masalit e Zaghawa, com apoio de helicópteros atiradores do governo central. Ainda, os milicianos passaram a perseguir os deslocados internos e até refugiados darfurianos no Chade, uma vez que o governo do país era aliado de Omar Al-Bashir. Um ano após o início do conflito em Darfur, mais de um milhão de pessoas haviam se tornado deslocados internos; outras duzentas mil fugiram para o Chade; e nas estimativas mais conservadoras, trinta mil pessoas haviam morrido.¹⁸⁸

Apesar do alto número de vítimas, a comunidade internacional teve uma resposta tardia à situação em Darfur. A ajuda humanitária era continuamente obstruída pelo governo central, e plenamente recusada para as áreas sob controle rebelde.¹⁸⁹ Ao começo de 2004, diversas organizações humanitárias relatavam a prática de limpeza étnica, sendo 40% dos refugiados crianças menores de 5 anos,

¹⁸⁷ Ibid. p. 11-12.

¹⁸⁸ Ibid. p. 12.

¹⁸⁹ VRAALSEN, Tom. "Sudan: Humanitarian Crisis in Darfur", Note to the Emergency Relief Coordinator. Apud COLLINS, Op. Cit., p. 13.

e 75% dos adultos eram mulheres.¹⁹⁰ O Centro para Diálogo Humanitário, organização internacional, se ofereceu para mediar um acordo entre os beligerantes para garantir acesso humanitário, porém o governo do Sudão se recusou. O Presidente Al-Bashir anunciou em 9 de fevereiro que teria derrotado as forças rebeldes, mas três dias depois os insurgentes abateram dois helicópteros do exército.

Em meio à crise de Darfur, o mundo rememorava o décimo aniversário do genocídio em Ruanda. Essa circunstância colocava grande peso sobre as Nações Unidas e as maiores potências, sendo inevitável a comparação entre Darfur e o genocídio que a comunidade internacional não conseguiu deter. Mukesh Kapila, coordenador *in loco* da ONU para assuntos humanitários, declarou que “a única diferença entre Ruanda e Darfur agora são os números envolvidos... Isso é mais do que somente um conflito, é uma tentativa organizada de se livrar de um grupo de pessoas”.¹⁹¹ O governo do Sudão respondeu que a ONU estava mentindo.¹⁹²

Em março de 2004, houve uma nova tentativa fracassada de acordo entre as partes. O governo do Chade, mediador, era fortemente aliado ao regime de Al-Bashir, e sua proposta de cessar-fogo era cheia de discrepâncias entre aquilo que as partes haviam acordado e o que estava no texto. Ainda, as versões em inglês, francês e árabe divergiam em pontos importantes, como o dispositivo que obrigava os rebeldes a se confinarem em determinados campos, o que eles

¹⁹⁰ RAFIRASME, Ramin. Declaração de 26 de janeiro de 2004 pelo Programa Mundial de Alimentos. UN Integrated Regional Information Networks (IRIN). Disponível em <<https://reliefweb.int/report/chad/chad-sudan-wfp-says-plight-darfur-refugees-getting-worse>>. Acesso em 25 out. 2019.

¹⁹¹ REEVES, Eric. “Ethnic Cleansing” or Genocide in Darfur?. Disponível em <http://www.sudantribune.com/spip.php?page=imprimable&id_article=2229>. Acesso em 26 out. 2019.

¹⁹² COLLINS, Op. cit., p. 14.

consideraram inaceitável. No mês seguinte, o acordo já não era seguido pelas partes.

A comunidade internacional continuava a pressionar o governo central a desarmar os Janjaweed, tendo o Alto Comissário para Direitos Humanos da ONU descrito um ‘reino de terror’ imposto pelo Governo do Sudão e pela milícia Janjaweed patrocinada pelo governo.¹⁹³ O Ministro do Exterior, Mustafa Ismail, se recusava a desarmar as milícias “enquanto armas continuassem nas mãos das forças rebeldes... Os Janjaweed foram uma reação instantânea das tribos contra os rebeldes que são predominantemente Zaghawa” (tradução nossa).¹⁹⁴

No campo diplomático, os esforços humanitários haviam resultado na instituição de uma missão da União Africana, mas cujo mandato se resumia a proteger os membros do monitoramento das Nações Unidas e prover segurança para os deslocados internos quando recebiam assistência humanitária.¹⁹⁵ Em julho, o Conselho de Segurança emitiu a Resolução 1556,¹⁹⁶ determinando prazo de 30 dias ao governo do Sudão para cessar todas as operações militares, desarmar os Janjaweed e prender seus líderes. Em 30 de agosto, o relatório do SGNU Kofi Annan concluiu que o governo do Sudão não cumpriu sua obrigação de cessar os ataques a civis e assegurar sua proteção.¹⁹⁷

Em 18 de setembro de 2004, o CSNU aprovou uma nova resolução sobre a crise de Darfur, a Resolução 1564,¹⁹⁸ cujo artigo 12 estabelecia que o SGNU

¹⁹³ RAMCHARAN, Bertrand. *Report Of The United Nations High Commissioner For Human Rights And Follow-up To The World Conference On Human Rights*. UN Doc. E/CN.4/2005/3, 7 mai. 2004. p. 3.

¹⁹⁴ INTERNATIONAL CRISIS GROUP. Sudan: Now or Never in Darfur. p. 11. Disponível em <<https://d2071andvip0wj.cloudfront.net/80-sudan-now-or-never-in-darfur.pdf>>. Acesso em 26 out. 2019.

¹⁹⁵ FOLEY, Conor. *UN Peacekeeping Operations and the Protection of Civilians*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2017. p. 298-302.

¹⁹⁶ ONU. Conselho de Segurança. *Resolução 1556*. UNDoc S/RES/1556 (2004), 30 jul. 2004.

¹⁹⁷ Id. Conselho de Segurança. *Report of the Secretary-General pursuant to paragraphs 6 and 13 to 16 of Security Council resolution 1556 (2004)*. UNDoc S/2004/703, 30 ago. 2004.

¹⁹⁸ Id. Conselho de Segurança. *Resolução 1564 (2004)*. UNDoc S/RES/1564 (2004), 18 set. 2004.

deveria criar uma comissão de inquérito para determinar “se atos de genocídio haviam ocorrido e identificar os perpetradores”. No mesmo mês, o então-Secretário de Estado dos EUA Colin Powell acusou oficialmente o governo do Sudão de promover um genocídio.¹⁹⁹ O relatório da Comissão Internacional de Inquérito sobre Darfur, liderada pelo renomado jurista Antonio Cassese, foi publicado em 25 de janeiro de 2004 e confirmou a existência de violações em massa, porém afirmando que “o Governo do Sudão não perseguiu uma política de genocídio”.²⁰⁰ As conclusões da Comissão serão discutidas mais a fundo adiante.

Em janeiro de 2005, enfim, o governo do Sudão e o SPLM/A assinaram o Acordo de Paz, levando à formação de um governo autônomo no Sudão do Sul, e posteriormente à sua independência.²⁰¹ Nesse contexto, o CSNU aprovou a imposição de uma missão de manutenção da paz, a UNMIS, cujo mandato era de observar a implementação do acordo de paz, bem como, pela primeira vez na história das missões da ONU, de proteger civis sob ameaça imediata de violência física.²⁰²

No entanto, o governo Al-Bashir perdurou por mais quase 15 anos, até abril de 2019. No fim de 2018, protestos nas ruas de diversas cidades sudanesas, que começaram por conta do aumento do preço do pão, foram alvo de repressão violenta pelas forças policiais do governo. A resposta do governo gerou ainda maior revolta entre a população, que tomou as ruas em protesto por meses. A

¹⁹⁹ BBC NEWS. Powell Declares Genocide in Sudan. Disponível em <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/3641820.stm>>. Acesso em 26 out. 2019.

²⁰⁰ COMISSÃO INTERNACIONAL DE INQUÉRITO SOBRE DARFUR. Relatório. Genebra, 25 jan. 2005. § 518.

²⁰¹ Em janeiro de 2011, foi realizado um referendo pela independência do Sudão do Sul, tendo resultado em quase 99% de aprovação a independência do país.

²⁰² Em agosto de 2006, o CSNU apresentou uma nova resolução (Resolução 1590) que visava expandir a atuação da UNMIS para Darfur e ‘convidando’ o governo central a aceitar o destacamento de tropas. Contudo, o governo Al-Bashir o recusou, marcando a primeira vez que uma missão de paz foi autorizada, porém não realizada na história da ONU, pela falta de consentimento do Estado-anfitrião. Por essa razão, nova resolução foi proposta que criou uma missão híbrida, composta tanto pela ONU quanto pela União Africana, a UNAMID. FOLEY, Op. Cit., p. 307-309.

insatisfação com o governo Al-Bashir era tamanha, que o ditador não mais conseguia se sustentar no poder.²⁰³

No dia 11 de abril, o Ministro da Defesa Awad Ibn Auf anunciou que Omar Al-Bashir foi deposto por militares, e que um Conselho Militar comandará o país por um período de dois anos, quando então serão realizadas eleições civis.²⁰⁴ O ex-ditador foi preso e está sob forte vigilância em Cartum, onde é julgado por cortes domésticas por crime de corrupção, admitindo ter recebido 90 milhões de dólares do governo saudita.²⁰⁵

3.2 O Relatório da Comissão Internacional de Inquérito sobre Darfur e o reconhecimento implícito do requisito de política estatal

Após este breve resumo do plano de fundo que perpassa o caso *Al-Bashir* no TPI, pode-se considerar bem estabelecido: (i) que o conflito em Darfur tem bases étnicas, pelas tensões seculares entre as tribos árabes e as africanas e seus descendentes, alimentadas pela política arabo-cêntrica do governo Al-Bashir; e (ii) que o governo sudanês armava e treinava a milícia Janjaweed, travando uma ‘guerra por procuração’ contra os insurgentes.

Com essas conclusões em mente, a Comissão Internacional de Inquérito emitiu seu relatório, no qual reconheceu a prática de crimes contra a humanidade, porém se pronunciando contra a existência de um genocídio, pela

²⁰³ SALIH, Zeinab Mohammad; BEAUMONT, Paul. 'Change in people's hearts': anti-Bashir protests put Sudan at a crossroads. *The Guardian*. 17 jan. 2019. Disponível em <<https://www.theguardian.com/global-development/2019/jan/17/change-in-peoples-hearts-sudan-crossroads-omar-al-bashir-protests>>. Acesso em 26 out. 2019.

²⁰⁴ DEUTSCHE WELLE. Regime de Omar al-Bashir chega ao fim no Sudão. 11 abr. 2019. Disponível em <<https://www.dw.com/pt-br/regime-de-omar-al-bashir-chega-ao-fim-no-sud%C3%A3o/a-48287441>>. Acesso em 26 out. 2019.

²⁰⁵ BURKE, Jason; SALIH, Zeinab Mohammad. Ex-Sudan leader said he received millions from Saudis, trial told. *The Guardian*. 19 ago. 2019. Disponível em <<https://www.theguardian.com/world/2019/aug/19/ex-sudan-president-omar-al-bashir-in-court-on-corruption-charges>>. Acesso em 26 out. 2019.

falta de evidência do *dolus specialis* necessário – o que, a seu ver, não impedia a existência de indivíduos que agiram com intenção genocida:

A Comissão reconhece que em alguns casos indivíduos, incluindo oficiais do governo, podem cometer atos com intenção genocida. Se esse foi o caso em Darfur, contudo, é uma determinação que apenas o tribunal competente pode solucionar em cada caso.²⁰⁶ (tradução nossa)

Ainda, o mandato da Comissão determinava que essa deveria identificar os possíveis perpetradores das violações ocorridas em Darfur. Nesse ponto, o relatório apontou que os possíveis responsáveis pelos crimes contra a humanidade incluíam membros do governo do Sudão, de milícias, de grupos rebeldes e até membros isolados de exércitos estrangeiros.²⁰⁷ Aplicando um *standard* de “existência de um corpo confiável de material consistente com outras circunstâncias verificadas, que tenda a demonstrar que uma pessoa pode razoavelmente ser suspeita de envolvimento no cometimento de um crime”, a Comissão concluiu ter material consistente, como provas documentais e testemunhais, e suficiente para apontar 51 suspeitos das violações, muitos desses por mais de uma modalidade de responsabilidade, e por mais de um crime.²⁰⁸ Contudo, o relatório atenta que essa lista de possíveis perpetradores não é exhaustiva, devendo haver investigação cuidadosa de instituições como os serviços de inteligência sudaneses, pois é sabido que tiveram papel fundamental no conflito em Darfur.²⁰⁹

Por fim, o relatório elenca uma série de recomendações para assegurar a responsabilização (*accountability*) daqueles responsáveis, tendo determinado medidas a serem tomadas pelo CSNU, pelas autoridades sudanesas, e por outras organizações. Dentre as recomendações, repercutiu principalmente a

²⁰⁶ COMISSÃO INTERNACIONAL DE INQUÉRITO SOBRE DARFUR. Op. cit., § 641. “The Commission does recognise that in some instances individuals, including Government officials, may commit acts with genocidal intent. Whether this was the case in Darfur, however, is a determination that only a competent court can make on a case by case basis.”

²⁰⁷ Ibid. § 644.

²⁰⁸ Ibid. § 644.

²⁰⁹ Ibid. § 646.

recomendação ao CSNU que referisse a situação em Darfur para investigação pela Promotoria do TPI.

Segundo a Comissão, recorrer ao TPI era vantajoso por seis razões principais.²¹⁰ Em primeiro lugar, porque a crise em Darfur se tratava de uma ameaça à paz e segurança internacionais, razão pela qual o CSNU deveria intervir e tinha a prerrogativa de acionar o tribunal. Segundo, um julgamento em Haia significaria que os réus estariam fora de sua zona de influência, onde poderiam exercer sua autoridade de forma a saírem impunes. Terceiro, apenas a autoridade do TPI e do CSNU poderiam convencer tanto membros do governo, quanto rebeldes, a cooperar com investigações. Quarto, apenas o Tribunal, por ser uma corte verdadeiramente internacional e submetida a estritas regras e regulamentos, poderia garantir um julgamento justo àqueles denunciados pelo Promotor. Quinto, era mais célere o recurso ao TPI, que já estava instituído desde 2002, do que criar um tribunal *ad hoc* ou híbridos para tratar da situação. Por último, a instituição de processos no TPI não necessariamente acarretaria mais custos financeiros à comunidade internacional.

A proposta da Comissão de referir o caso ao TPI encontrou resistência no CSNU, principalmente dos Estados Unidos. Os Estados Unidos não são Estado-parte do Estatuto de Roma, e objetaram que o tribunal pudesse exercer sua jurisdição sobre nacionais, incluindo membros do governo, de um Estado que não seja parte do TPI – como é o caso do Sudão. No entanto, os EUA concordavam que algum mecanismo de *accountability* deveria ser estabelecido para responsabilizar aqueles envolvidos nas violações cometidas em Darfur, razão pela qual não vetaram a Resolução 1593,²¹¹ na qual o CSNU decidiu por bem referir a situação para investigações pelo então-Promotor Luis Moreno

²¹⁰ Ibid. § 648.

²¹¹ ONU. Conselho de Segurança. *Resolução 1593*. UN Doc. S/RES/1593 (2005), 31 mar. 2005.

Ocampo.²¹² A Resolução 1593 passou com 11 votos a favor e quatro abstenções: China, EUA, Argélia e Brasil.²¹³

Assim, em março de 2005, a Promotoria do TPI iniciou formalmente investigações sobre a situação em Darfur. Em abril de 2007, o JI emitiu mandados de prisão para dois suspeitos: Ahmad Muhammad Harun, ministro do governo do Sudão, e Ali Kushayb, suposto líder dos Janjaweed.²¹⁴ As acusações, embora numerosas – 52 entre os dois suspeitos –, não compreendiam crime de genocídio.

O relatório da Comissão foi confeccionado em meros três meses, e cobre quatro questões apontadas pela Res. 1564: (i) investigação de alegações de violações de Direito Internacional Humanitário em Darfur, por todas as partes do conflito; (ii) análise sobre a ocorrência ou não de atos de genocídio; (iii) identificação dos possíveis perpetradores de violações tanto de Direito Internacional Humanitário, quanto dos Direitos Humanos; e (iv) sugestões de medidas para assegurar *accountability*. O foco do relatório eram os incidentes ocorridos em Darfur entre fevereiro de 2003 e meados de janeiro de 2005.²¹⁵ Para esse trabalho, é de maior relevância o ponto *ii*, que será objeto de maior análise.

Então, a Seção II do relatório encarou, em primeiro lugar, a questão dos grupos protegidos. Segundo a Comissão, a definição do art. II da Convenção de Genocídio traz referências a categorias que não são precisas, e que atualmente

²¹² FOLEY, Op. cit., p. 300.

²¹³ A abstenção do Brasil na resolução em comento não se fundava nos mesmos argumentos dos EUA. Enquanto os Estados Unidos questionavam a competência do TPI para nacionais de Estados estrangeiros ao Estatuto de Roma, o Brasil considerou que a passagem do texto que diz que Estados não-parte não possuem obrigações sob o Estatuto era indevida, pois o CSNU não poderia fazer restrições ao tribunal. UZIEL, Eduardo. *Conselho de Segurança, as operações e manutenção da paz e a inserção do Brasil no mecanismo de segurança coletiva das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 2010. p. 165.

²¹⁴ TPI. Mandado de Detenção contra Ahmad Muhammad Harun, 27 abr. 2007; Id. Mandado de Detenção contra Ali Kushayb, 27 abr. 2007.

²¹⁵ COMISSÃO INTERNACIONAL DE INQUÉRITO SOBRE DARFUR. Op. cit., p. 2.

são consideradas ultrapassadas e até falaciosas, como o conceito de raça. Por essa razão, o relatório propõe uma interpretação do dispositivo de acordo com o princípio da eficácia, de forma que: ‘grupo nacional’ seja entendido pela identidade em termos de nacionalidade ou origem nacional; ‘grupo racial’ compreenda indivíduos que compartilhem traços físicos ou características hereditários; ‘grupo étnico’ se refira a indivíduos que tenham um idioma comum e/ou patrimônio cultural e tradições comuns; e ‘grupo religioso’ simplesmente entendido como o grupo de indivíduos que aderem a uma determinada religião.²¹⁶

Uma vez estabelecidas essas interpretações, questionou-se se grupos tribais estariam protegidos pela Convenção. A conclusão da Comissão foi de que tribos não são grupos protegidos *per se*, mas apenas na medida em que constituam igualmente grupos nacionais, raciais, étnicos ou religiosos.²¹⁷ Ainda, em razão das dificuldades de determinar as distinções entre grupos, a jurisprudência do TPIR estabeleceu uma abordagem subjetiva dos grupos protegidos, com vistas a

Levar em conta que “identidades coletivas, e em particular etnia, são por sua própria natureza construções sociais, identidades “imaginadas” inteiramente dependentes de percepções variáveis e contingentes, e não fatos sociais, que são verificáveis da mesma forma que fenômenos naturais ou fatos físicos.”²¹⁸ (tradução nossa)

Assim, a Comissão concluiu que a interpretação trazida pela jurisprudência sobre grupos protegidos pela Convenção já pode ser considerada norma costumeira de direito internacional, já que nenhum Estado se opôs a essas interpretações.²¹⁹

²¹⁶ Ibid. § 494.

²¹⁷ Ibid. § 496.

²¹⁸ Ibid. § 499, citando VERDIRAME, Op. cit., p. 592. “...take into account that “collective identities, and in particular ethnicity, are by their very nature social constructs, “imagined” identities entirely dependent on variable and contingent perceptions, and not social facts, which are verifiable in the same manner as natural phenomena or physical facts”.

²¹⁹ COMISSÃO INTERNACIONAL DE INQUÉRITO SOBRE DARFUR. Op. cit., § 501.

Em seguida, o relatório se volta à questão da intenção genocida. Reiterando que, tipicamente, a intenção é inferida a partir de ações, declarações e circunstâncias de fato, a Comissão mencionou o precedente do caso *Jelisić*, no qual o JR do TPII elencou algumas características que poderiam apontar para a existência de *dolus specialis*. Como dito anteriormente, o juízo se baseou, naquela ocasião, no que já havia sido estabelecido no caso *Akayesu*, do TPIR.

Por conseguinte, a Comissão atentou para a reversão da sentença no caso *Krstić*, após o JR ter concluído que Radislav Krstić somente poderia ser cúmplice em um genocídio, pois não se teria estabelecido de forma inequívoca a intenção de destruir, em todo ou em parte, grupo protegido. Aqui, é necessário indagar o quão inequívoca pode ser a assertiva de qualquer juízo quando não há uma confissão. Como bem reconheceu o TPIR no caso *Akayesu*, pode ser até mesmo *impossível* determinar a verdadeira intenção de outrem.²²⁰

Tendo demonstrado os *standards* aplicáveis quanto aos grupos protegidos e à intenção genocida, o relatório passa à subsunção aos acontecimentos em Darfur. Apesar de não restar dúvidas sobre condutas genocidas terem sido levadas a cabo, a Comissão ainda precisava estabelecer outros elementos do crime. Nesse sentido, o relatório concluiu que, muito embora não se possa objetivamente distinguir de maneira precisa os Fur, Masalit e Zaghawa de seus algozes, os membros desses grupos se identificam como diferentes dos outros, sendo identificados como ‘árabes’ ou ‘africanos’.²²¹ Igualmente, as vítimas percebiam os Janjaweed como um grupo distinto dos seus e hostil a eles.²²² Assim, constituíam grupos protegidos sob a égide da Convenção.²²³

²²⁰ TPIR. *Promotor v. Akayesu*. Julgamento. Op. cit., § 523.

²²¹ COMISSÃO INTERNACIONAL DE INQUÉRITO SOBRE DARFUR. Op. cit., § 510.

²²² Ibid. § 511.

²²³ Ibid. § 512.

No que concerne a questão do dolo específico, a Comissão se viu obrigada a sopesar indícios positivos e negativos e, em seu cálculo, haveria mais elementos que demonstravam a falta de intenção genocida. Como indícios positivos, o relatório enumerou a escala das violações e a natureza sistemática das condutas, bem como declarações de perpetradores que se referiam especificamente a atingir apenas membros das tribos africanas.²²⁴ Por outro lado, a Comissão considerou de enorme peso o fato de que em muitas vilas os perpetradores não exterminaram toda a população, mas ao invés disso destacaram-se os grupos de homens jovens, o que, a seu ver, indicava que não havia intenção de destruir um grupo protegido em todo ou em parte, somente a intenção de assassinar aqueles que poderiam ser parte das forças rebeldes.²²⁵

Além disso, o relatório apontou que as pessoas que fugiam dos ataques do governo e suas milícias não eram subsequentemente mortas; elas se tornavam deslocados internos, e passavam a habitar campos determinados. Dessa forma, a prática dos perpetradores se assemelhava de forma mais precisa à limpeza étnica, ausente a intenção de aniquilar um grupo, mas sim de livrar uma área desse. Igualmente, a Comissão considerou que o governo do Sudão permitia acesso humanitário aos campos de deslocados internos, o que demonstrava que esse não agia de forma calculada para que o grupo fosse extinto.²²⁶

Ainda, o relatório destaca que vilas com composição mista entre tribos africanas e árabes não sofreram ataques, bem como o depoimento pessoal de uma vítima. Nesse, a vítima narrou que não resistiu quando os invasores tomaram seus camelos e o agrediram, pois seu irmão foi morto após ter resistido entregar seu único camelo ao grupo de invasores. Sua narrativa indicava, então, que não era a intenção dos perpetradores destruir o grupo *per se*, pois a

²²⁴ Ibid. § 513.

²²⁵ Ibid. §§ 513-514.

²²⁶ Ibid. § 515.

motivação do assassinato era de subtrair patrimônio alheio, senão os agressores não teriam poupado um dos irmãos.²²⁷

Como resultado do sopesamento de indícios, a Comissão concluiu “que o Governo do Sudão não perseguiu uma política genocida”.²²⁸ Por si só, essa afirmativa já representa o reconhecimento de que a existência de um genocídio, ou pelo menos a prova deste, está atrelada à existência de uma política estatal ou um contexto de ação genocida a nível coletivo. Em seguida, o relatório indica que

Contudo, um elemento crucial parece estar ausente, pelo menos no que concerne as autoridades do governo: intenção genocida. Em termos gerais, a política de atacar, matar e remover forçosamente membros de algumas tribos não sugere a intenção de aniquilar, em todo ou em parte, um grupo distinto por razões de raça, etnia, nacionalidade ou religião. Em realidade, parece que aqueles que planejaram e organizaram ataques às vilas agiram na intenção de obrigar vítimas a saírem de seus lares, primordialmente por propósitos de contra-insurgência.²²⁹ (tradução nossa)

Dessa sorte, a Comissão reforça que há uma identidade entre o dolo específico e o requisito de política estatal. Assim, sugere que um governo é capaz de demonstrar intenção, se aproximando da decisão da CIJ no *Genocide Convention case*, uma vez que se absteve de analisar as condutas individuais daqueles que representavam o Estado em prol de uma abordagem na qual o Estado é a figura central na determinação sobre a ocorrência de um genocídio.

A partir dessa conclusão, a Comissão coloca duas ressalvas. Primeiramente, ela atenta para o fato de que o governo central instituiu políticas discriminatórias e persecutórias, de forma que, ainda que inexistente a configuração do tipo penal do genocídio, estavam presentes os elementos do

²²⁷ Ibid. §§ 516-517.

²²⁸ Ibid. § 518.

²²⁹ Ibid. § 518. “However, one crucial element appears to be missing, at least as far as the central Government authorities are concerned: genocidal intent. Generally speaking the policy of attacking, killing and forcibly displacing members of some tribes does not evince a specific intent to annihilate, in whole or in part, a group distinguished on racial, ethnic, national or religious grounds. Rather, it would seem that those who planned and organized attacks on villages pursued the intent to drive the victims from their homes, primarily for purposes of counter-insurgency warfare.”

crime contra a humanidade na forma de perseguição.²³⁰ Em segundo lugar, e de maior relevância para esse estudo, é o apontamento que a Comissão faz sobre a possibilidade de que indivíduos sozinhos podem deter o *dolus specialis* do genocídio, atacando as vítimas com a intenção de aniquilar, em todo ou em parte, um grupo étnico percebido como hostil. Se comprovada a existência da intenção de destruir a nível individual, deverá a corte competente também analisar a modalidade de responsabilidade criminal individual aplicável ao caso.²³¹

Logo, a Comissão reconhece a possibilidade de existir um *lone génocidaire*, recriando o cenário do caso *Jelisić*, já que quaisquer acusações por um tribunal que se baseassem nas conclusões do relatório teriam que enfrentar a questão de provar o dolo específico de um indivíduo na ausência de um plano ou política genocida. Não por coincidência, a única acusação de genocídio oriunda da Situação em Darfur sofreu com o mesmo problema.

Da mesma forma, parece contra-intuitiva a sugestão da Comissão de examinar as modalidades de responsabilidade individual que podem recair sobre os acusados. O relatório fala em cumplicidade no genocídio ou comissão por omissão, no caso dos superiores hierárquicos. Contudo, é potencialmente problemática essa assertiva, pois, logicamente, é necessário que haja um perpetrador (ou um grupo de co-perpetradores) para que seja cometido um crime – e então, uma vez estabelecido que uma pessoa cometeu o crime, pode-se passar à análise de modos derivados de responsabilidade. Sendo assim, e especificamente na hipótese do *lone génocidaire*, não se vislumbra de que outro modo poderia um único indivíduo ser responsável por todo um genocídio senão como perpetrador.

²³⁰ Ibid. § 519.

²³¹ Ibid. § 520.

Não obstante, como aponta William Schabas, já aconteceram condenações por facilitar ou colaborar para um genocídio, sem que qualquer indivíduo houvesse sido condenado como perpetrador ou até mandante. Nesse aspecto, a posição da Comissão foi largamente influenciada pelo caso *Krstić*, citado no relatório, no qual o JR decidiu por reverter a condenação de genocídio, ao invés condenando-o como facilitador ou colaborador. Segundo o autor, essa decisão foi claramente fruto de concessões entre os juízes, de forma que se considerou que poderia o general ser condenado como acessório porque ele tinha conhecimento de que outros indivíduos detinham intenção genocida, ainda que não provado de forma inequívoca que ele próprio a detivesse.²³²

Ainda, Schabas argumenta que a Comissão, ao declarar que o governo central não buscou implementar uma política genocida, não apenas ‘optou’ por colocar a política estatal no centro da definição de genocídio – a seu ver, o fato de o CSNU ter se engajado demonstra que esse queria saber se de fato o genocídio pertencia a um plano do Estado sudanês. Dessa forma, o autor defende que a possibilidade de um perpetrador individual de genocídio não interessaria ao CSNU, e tampouco poderia ser o pretexto de qualquer intervenção por partes dos órgãos da ONU. Portanto, conclui que a resposta dada pela Comissão aos questionamentos da Res. 1564, junto ao comportamento do CSNU frente à possibilidade de um genocídio, demonstra que a existência de um plano ou política está no cerne da discussão sobre genocídio.²³³

Por seu turno, Claus Kress, em seu comentário sobre as conclusões da Comissão, aponta para outras questões que o relatório suscita. Por exemplo, pelo uso constante de palavras como ‘aniquilar’ e ‘extinguir’, a Comissão sugere que a destruição do grupo deve ser física, e não cultural ou social. Contudo, essa interpretação já foi posta em xeque em outras cortes, como a Corte

²³² SCHABAS, 2005, Op. cit., p. 876.

²³³ Ibid. p. 877.

Constitucional Federal alemã e a CECC. Sem prejuízo desse questionamento, o autor dá razão à Comissão, entendendo que a intenção genocida deve ser interpretada à luz do *actus reus*, sendo as condutas tipificadas aquelas que têm o potencial de destruir. Por essa razão, o autor argumenta que o potencial se realiza por meio de um nível coletivo de atividade – isto é, a repetição de condutas genocidas.²³⁴

Tendo em vista esse potencial de infligir destruição, Kress sustenta que o relatório da Comissão está em consonância com a dualidade entre nível individual e nível coletivo de ação genocida, já que, ao concluir que o governo do Sudão e os Janjaweed não levaram a cabo uma política genocida, significa que não é possível formar intenção individual. Nesse ponto, o autor atenta que a ressalva de indivíduos isolados poderem ter *dolus specialis* não é congruente com a conclusão da Comissão, pois o desejo de indivíduos de efetivar destruição não é realístico quando ausente a atividade genocida coletiva.²³⁵

3.3 Procedimento perante o TPI

Em 14 de julho de 2008, o Promotor Moreno-Ocampo protocolou um pedido de emissão de mandado de prisão contra o ditador Omar Al-Bashir. O pedido da promotoria englobava acusações de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio – esse, pelo assassinato de membros dos grupos Fur, Masalit e Zaghawa, grave lesão física e mental, e seu deslocamento forçado. Contudo, alguns observadores questionaram a acusação de genocídio, e até mesmo as intenções do Promotor.²³⁶

²³⁴ KRESS, 2005, Op. cit., p. 564-565.

²³⁵ Ibid. p. 577-578.

²³⁶ Rony Baumann, ex-Presidente da organização Médicos Sem Fronteiras, se referiu à acusação como “não apenas inepta, mas também um insulto àqueles que trabalharam na assistência humanitária, que em retrospectiva se tornaram cúmplices inadvertidos de um genocídio”. Ainda, alguns acusaram Moreno-

Conforme determina o art. 58 do Estatuto, o JI tem competência para analisar os pedidos de mandado de detenção e de notificação para comparecimento perante o tribunal. A emissão de mandado de detenção somente é válida se há razões suficientes para acreditar que o acusado não iria responder a uma notificação de comparecimento, conforme o art. 58(7). São requisitos para a emissão de uma decisão mandamental a existência de motivos suficientes para crer que o acusado cometeu crimes da competência do TPI e que a detenção seja necessária para garantir comparecimento, garantir que o acusado não irá obstruir ou colocar em cheque a atuação do Tribunal, ou para impedir a continuação da ação criminal.

Com base nesse dispositivo, o JI emitiu a sua primeira decisão no caso Al-Bashir em 4 de março de 2009.²³⁷ A Promotoria sustentava que havia motivos suficientes para crer que Omar Al-Bashir era responsável como perpetrador, sob a égide do art. 25(3)(a), por crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio. Contudo, o juízo, por maioria, não deu procedência ao pedido quanto às três acusações de genocídio, por homicídio, ofensas graves à integridade física ou mental, e sujeição intencional a condições de vida calculadas para destruir os grupos Fur, Masalit e Zaghawa – à exceção da Juíza Anita Ušacka, que emitiu voto em separado parcialmente dissidente, justamente quanto às acusações de genocídio. Segundo a corte, a Promotoria não conseguiu estabelecer que a existência de intenção genocida por parte do acusado era a *única* inferência razoável das circunstâncias, de forma que não haveria motivos

Ocampo de ‘fabricar’ a acusação contra Omar Al-Bashir para desviar a atenção de um escândalo de violência sexual pelo qual foi condenado em tribunal administrativo. FOLEY, Op. cit., p. 314.

²³⁷ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Mandado de Detenção contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Juíza-Presidente Akua Kuenyehia. Haia. 4 mar. 2009.

razoáveis para acreditar que Al-Bashir seria responsável criminalmente por genocídio.²³⁸

Por esse motivo, o Promotor recorreu da decisão inicial ao JR, sob o argumento de que o JI aplicou *standard* errôneo de prova, uma vez que o ônus da prova nesse estágio do processo é significativamente inferior àquele aplicado. De acordo com a promotoria, o *standard* de única inferência razoável é apropriado para o estágio de confirmação de acusações, mas não para a emissão de mandado de detenção, que é anterior àquela. Nesse ponto, o voto dissidente é de extrema importância, por aplicar esse mesmo entendimento.²³⁹

Por conseguinte, o JR deu procedência ao recurso da promotoria. Segundo o juízo, o JI desenvolveu e aplicou critério inadequado para a fase processual, porque obrigar o Promotor a provar que a intenção genocida era a única inferência razoável seria equivalente a aplicar o *standard* da prova além da dúvida razoável, o qual somente é aplicável no estágio de condenação.²⁴⁰ Assim, o juízo devolveu a matéria para nova apreciação pelo juízo instrutório, decidindo não ser o juízo recursal apropriado para julgar o mérito da causa.²⁴¹

Logo, em 12 de julho de 2010, o JI voltou a decidir sobre as acusações de genocídio contra Al-Bashir. Como somente tinha sido devolvida a matéria quanto ao *standard* de prova a ser aplicado, a segunda decisão para a emissão de mandado de detenção se deteve a esse ponto, não podendo re-analisar as provas submetidas pelo Promotor. Nesse diapasão, o juízo aferiu que, na

²³⁸ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Juíza-Presidente Akua Kuenyehia. Haia. 4 mar. 2009. §§ 204-206.

²³⁹ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Voto em separado e parcialmente dissidente da Juíza Anita Ušacka. Haia. 4 mar. 2009. §§ 9, 31 e 34.

²⁴⁰ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09-OA). Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir". Juiz-Presidente Erkki Kourula. Haia. 3 fev. 2010. §§ 33-34 e 39.

²⁴¹ Ibid. § 42.

primeira decisão, o JI já havia reconhecido de forma tácita que a existência de intenção genocida por parte de Al-Bashir era uma conclusão razoável com base nas provas, ainda que não fosse a única.²⁴² Dessa forma, havia motivos suficientes para acreditar que o acusado era responsável por crimes da competência do TPI, conforme determina o art. 58(1)(a). Portanto, a segunda decisão mudou o entendimento sobre o caso concreto, autorizando o mandado de detenção contra Omar Al-Bashir pelas três acusações de genocídio.

Uma vez descrita a história procedimental do caso, se vê que a primeira decisão e o voto dissidente são documentos de maior importância para a presente análise, por compreenderem a análise de material fático-probatório, enquanto as decisões posteriores se atêm à aplicação do direito processual. Nesse sentido, a avaliação do juízo sobre as circunstâncias levantadas pela promotoria elucida a possibilidade de exigência de plano ou política estatal, da identidade entre o acusado e o governo, e do sopesamento de indícios quanto à intenção do acusado. Por essa razão, passaremos a um estudo mais aprofundado desses dois documentos.

3.3.1 A Decisão sobre o Requerimento da Promotoria para a Emissão de um Mandado de Detenção contra Omar Al-Bashir, de 4 de março de 2009 (“Primeira Decisão”)

A decisão em comento analisou um total de dez acusações contra Al-Bashir, das quais cinco eram por crimes contra a humanidade, duas por crimes de guerra, e três por genocídio. A análise sobre as acusações de genocídio pelo juízo começa com a anotação de que o Promotor reconhece não haver provas

²⁴² TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest. Juíza-Presidente Sylvia Steiner. Haia. 12 jul. 2010. §§ 4-5.

diretas de responsabilidade criminal, se apoiando na existência de intenção genocida como inferência das circunstâncias.²⁴³

De pronto, o JI se direciona à análise do elemento contextual no crime de genocídio. Em primeiro lugar, a corte coloca que a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* estabeleceu não ser relevante se a conduta criminosa “é capaz de impor uma ameaça concreta à existência do grupo visado, ou parte desse.”²⁴⁴ Segundo esse entendimento, a partir do momento que um indivíduo coloca em prática uma das condutas criminosas listadas sob o crime de genocídio com a intenção de destruir um grupo protegido, pouco importa se a ameaça ao grupo é apenas latente ou concreta. Assim, existindo a intenção genocida, ela se materializa até mesmo no ato isolado de um único indivíduo.

Não obstante, o juízo se filia à ideia de que é necessária uma ameaça concreta e real ao grupo visado, não apenas latente e hipotética, para que a proteção conferida pela norma convencional seja acionada.²⁴⁵ Nesse ponto, interessa observar que o TPI não está vinculado à jurisprudência de outros tribunais, ainda que as normas estatutárias do TPII, do TPIR e do TPI sejam idênticas.²⁴⁶ Além disso, o Estatuto de Roma, sendo o mais recente, reflete até certo ponto a mais atual *opinio juris* dos Estados-parte. Já que, como aduzido no cap. 2, os Elementos dos Crimes trazem a exigência de um manifesto padrão de conduta criminosa direcionada à destruição do grupo, o juízo considerou que o direito aplicável determina a existência do elemento contextual para a materialização do crime de genocídio, embora tenha reconhecido que essa questão é objeto de controvérsia.

²⁴³ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Op. cit., § 111.

²⁴⁴ Ibid. § 119.

²⁴⁵ Ibid. § 124.

²⁴⁶ Todos esses instrumentos reproduzem a norma do art. II da Convenção de Genocídio de forma exata.

Conforme disposto no art. 21 do Estatuto de Roma, há uma hierarquia entre as fontes de DPI. A leitura da alínea (1)(a), contudo, coloca em mesmo nível hierárquico os dispositivos do Estatuto, os Elementos Constitutivos dos Crimes e o Regulamento Processual. Por sua vez, o art. 9(3) do Estatuto traz a regra de compatibilidade entre esse e quaisquer Elementos dos Crimes. Assim, em consonância com o art. 10, o qual determina que as provisões de direito material do Estatuto não podem ser interpretadas como limitando ou prejudicando regras de direito internacional em desenvolvimento, o juízo entendeu que somente não se aplicariam os Elementos naquilo que eles estivessem em “contradição irreconciliável” com as regras estatutárias.²⁴⁷

Dessa forma, a corte entendeu que, no caso concreto, não havia contradição irreconciliável entre o texto do art. 6º e o elemento contextual trazido nos Elementos dos Crimes.²⁴⁸ A conclusão da maioria foi de que não há incompatibilidade entre o tipo penal e a exigência de uma “ameaça concreta ao grupo visado”. Logo, é possível inferir que a existência de um plano ou política está intimamente ligada ao real potencial de ameaça do qual uma conduta se reveste. Aqui, vale destacar que a afirmativa do juízo dialoga diretamente com as formulações do Prof. Claus Kress sobre uma dualidade funcional entre o plano individual e o plano da ação coletiva; segundo o autor, se não houver a persecução de um objetivo genocida coletivo, a intenção do indivíduo não se materializa – tornando, então, impossível que esse represente uma ameaça concreta ao grupo protegido.²⁴⁹

Em seguida, a decisão analisa a existência dos elementos específicos do crime de genocídio, estabelecendo que as condutas criminosas devem ser permeadas, além do elemento contextual, pela configuração de grupo protegido

²⁴⁷ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Op. cit., § 128.

²⁴⁸ Ibid. §§ 132-133.

²⁴⁹ Vide cap. 2.2.2.

e pela intenção de destruir.²⁵⁰ Sem muito se alongar na primeira questão, o juízo concluiu que os grupos Fur, Masalit e Zaghawa são grupos étnicos distintos e, assim, têm proteção.²⁵¹ Contudo, a discussão sobre a intenção do acusado é o ponto central da acusação de genocídio, razão pela qual é analisada de forma pormenorizada.

Primeiramente, o juízo traz a necessária distinção entre a intenção genocida, de *destruir*, e a intenção meramente discriminatória. Nesse sentido, invoca o *2007 Genocide Convention case*, ocasião na qual a CIJ elucidou que a configuração do crime de genocídio requer que o acusado vá além da intenção de discriminar, visando algo maior: a destruição do grupo.²⁵² Assim, como também reconheceu a Comissão Internacional de Inquérito, há uma diferença entre a intenção capaz de configurar um genocídio, e a intenção de perseguir por bases discriminatórias, a qual configura crime contra a humanidade por perseguição.

Essa distinção se torna fundamental em casos de limpeza étnica, que é especialmente relevante para o caso concreto, visto haver alegações de transferência forçada e deportação de membros dos grupos Fur, Masalit e Zaghawa, que poderiam configurar genocídio por sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial. Nesse ponto, o juízo fez bem em pontuar que, apesar de não ser mencionada na Convenção de Genocídio, a prática de “tornar uma área etnicamente homogênea pelo uso de força ou intimidação para remover pessoas de determinados grupos dessa área”²⁵³ pode vir a caracterizar um genocídio, desde que a intenção do

²⁵⁰ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Op. cit., § 134.

²⁵¹ Ibid. § 137.

²⁵² *2007 Genocide Convention case*, Op. cit., § 187.

²⁵³ Definição trazida em *2007 Genocide Convention case*, Op. cit., § 19.

agente não seja tão-somente de retirar determinada etnia de uma área, mas que essa envolva também o desejo de destruir esse grupo.²⁵⁴

Sendo assim, a análise da intenção deve levar em consideração as possibilidades, bastante plausíveis, de que Omar Al-Bashir tivesse agido com a intenção de persegui-los e/ou de tornar Darfur um território etnicamente homogêneo. Dessa sorte, o tribunal passa à aplicação do *standard* do art. 58(1)(a) de razoabilidade às circunstâncias factuais, uma vez que a intenção, *in casu*, somente pode ser aferida por inferência.²⁵⁵

Na apreciação do tribunal sobre o *standard* aplicável, vale ressaltar que a própria promotoria, em seu requerimento, trouxe o critério de ‘única inferência razoável’.²⁵⁶ Em infeliz coincidência, talvez, foi justamente a utilização desse critério que levou o Promotor a recorrer posteriormente. Não obstante, nos atendo à decisão do JI, a maioria entendeu que a ‘única inferência razoável’ era compatível com o requisito de motivos razoáveis do art. 58(1)(a), o que se provou errôneo em sede de recurso. Nesse ponto, a decisão declara:

Como resultado, a Maioria considera que, se a existência de intenção genocida pelo Governo do Sudão é apenas uma de muitas conclusões razoáveis a partir dos materiais disponibilizados pela Promotoria, o Pedido da Promotoria em relação ao genocídio deve ser rejeitado pois o *standard* de prova explicitado no artigo 58 do Estatuto não foi atingido.²⁵⁷ (tradução nossa)

À parte dessa discussão, há um ponto altamente relevante suscitado pelo juízo antes de desenvolver esse *standard* – a identidade entre Omar Al-Bashir e

²⁵⁴ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Op. cit., § 145.

²⁵⁵ Ibid. § 147.

²⁵⁶ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). The Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Promotor-Chefe Luis Moreno-Ocampo. Haia. 14 jul. 2008. § 366.

²⁵⁷ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Op. cit., § 159. “159. As a result, the Majority considers that, if the existence of a GoS's genocidal intent is only one of several reasonable conclusions available on the materials provided by the Prosecution, the Prosecution Application in relation to genocide must be rejected as the evidentiary standard provided for in article 58 of the Statute would not have been met.”

o governo do Sudão. Quando começa a enfrentar o problema da intenção no caso concreto, o JI aponta que o requerimento da promotoria coloca Omar Al-Bashir em posição de controle absoluto do aparato estatal, incluindo as forças armadas regulares do Estado sudanês, as forças policiais, o serviço de inteligência nacional, e as milícias Janjaweed. O controle total importaria, logo, que a prova de intenção *individual* de Omar Al-Bashir de destruir os Fur, Masalit e Zaghawa automaticamente levaria à conclusão de existirem, de fato, motivos razoáveis para acreditar que ele seria criminalmente responsável por um genocídio.²⁵⁸

Por outro lado, o juízo reconheceu que os materiais fático-probatórios poderiam demonstrar que, na realidade, Al-Bashir não tinha o controle absoluto do aparato do Estado sudanês, compartilhando o controle com outros indivíduos, como líderes políticos e militares. Nessas circunstâncias, para determinar a intenção de destruir, seria necessário olhar para o conjunto de indivíduos no poder, e de que modo o conjunto poderia expressar o desejo de destruir grupo protegido em todo ou em parte ou ter conhecimento da existência de intenção nesse sentido. Assim, decidiu a maioria que seria usada a expressão “intenção do governo sudanês”, ao invés de “intenção de Omar Al-Bashir”.²⁵⁹

Mais uma vez, imprescindível repisar a significância da escolha de palavras pelo juízo. A chamada ‘intenção do governo sudanês’ teria identidade com a intenção individual de Omar Al-Bashir se provado que ele detinha controle absoluto sobre os diversos braços do governo, incluindo as milícias por esse armadas; essa hipótese não apresenta maiores dificuldades. No entanto, na segunda hipótese, se o Presidente Al-Bashir compartilhava o comando do Estado com outras autoridades, então ele, sozinho, não poderia ter domínio do fato.

²⁵⁸ Ibid. §§ 148-149.

²⁵⁹ Ibid. §§ 150-151.

Assim, seria necessário provar que havia um *objetivo comum* de destruição dos Fur, Masalit e Zaghawa.

Em outras palavras, a existência do grupo de comando tornaria o genocídio um empreendimento coletivo, cancelando um plano ou uma política de Estado. Assim, não haveria apenas um indivíduo apto a ser responsabilizado, ainda que dentro do grupo diferentes indivíduos incorressem em responsabilidades criminais diversas. Nessa configuração, a única possibilidade de um genocídio ser imputado a apenas um indivíduo seria na primeira hipótese, de controle absoluto. Portanto, na segunda hipótese, o JI reconhece novamente a necessidade do elemento contextual no crime de genocídio, uma vez que existiria um nível coletivo de ação genocida, a partir do qual poderiam ser provadas as intenções individuais. Ao se utilizar das expressões ‘intenção do governo sudanês’ e ‘intenção de Omar Al-Bashir’ como intercambiáveis, a maioria não faz uma equiparação entre Estado do Sudão e indivíduo Al-Bashir, mas coloca uma equivalência entre o *dolus specialis* e a política estatal. Esse entendimento relembra as lições de Schabas sobre o julgamento da CIJ no 2007 *Genocide Convention case*, pois, em sua opinião, essa decisão evidencia que o envolvimento do aparato estatal é um elemento implícito do crime de genocídio.²⁶⁰

Enfim, sendo necessária a subsunção dos fatos alegados à norma, o JI reparte os materiais levantados pela promotoria em três categorias: (i) a suposta existência de uma estratégia do governo do Sudão de negar e acobertar crimes supostamente cometidos em Darfur contra os grupos Fur, Masalit e Zaghawa; (ii) declarações oficiais e documentos públicos que, segundo o Promotor, representam motivos razoáveis para acreditar que existia uma política genocida

²⁶⁰ Vide cap. 1, cap. 2.2.1 e cap. 3.2.

por parte do governo sudanês; e (iii) a natureza e extensão dos atos de violência cometidos por forças do governo contra civis dos grupos mencionados.²⁶¹

Já na análise da primeira categoria o JI estabelece que a existência de uma estratégia criminosa no âmbito coletivo do Estado é um motivo razoável para a inferência de que existia, por parte de Omar Al-Bashir, o dolo específico genocida.²⁶² Assim, se não tivesse decidido por aplicar o critério de *única* inferência razoável, já poderia o juízo ter encontrado fundamentação para emitir mandado de detenção pelas acusações de genocídio.

Quanto à segunda categoria, o juízo colocou em posição preeminente quatro documentos: um boletim secreto dos serviços de inteligência, do ano de 1992; um decreto presidencial emitido pelo próprio acusado em 1994; uma reforma aprovada pelo governo local em Darfur, em março de 1995; e um memorando das Forças Armadas de 1986 e minutas de reuniões do Comitê Estadual de Segurança de Darfur Ocidental, todas de 2003. Em sua avaliação, a maioria descartou o quarto documento como indício de intenção genocida, pois esse meramente demonstrava que havia uma organização estatal descentralizada, com diversas autoridades em partilha de competências.²⁶³ Já os três primeiros, individualmente, não seriam indício suficiente da intenção de destruir, e, em conjunto, seriam mais apropriadamente interpretados como demonstrações de intenção discriminatória, visando excluir os grupos supracitados da vida política de Darfur.²⁶⁴

No tangente às declarações oficiais, foram destacadas duas declarações supostamente dadas pelo acusado em março e abril de 2003, e uma que se alega ter sido televisionada em janeiro de 2004. Essas versariam sobre ordens

²⁶¹ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Op. cit., § 164.

²⁶² Ibid. § 165.

²⁶³ Ibid. § 168.

²⁶⁴ Ibid. § 167.

emanadas por Al-Bashir de acabar com a rebelião e não fazer prisioneiros ou salvar feridos, bem como sua vontade de usar a tática de terra arrasada, e que ele teria dado carta branca às Forças Armadas para essas práticas. Segundo a maioria, todas essas falas atribuídas ao acusado não são por si só indício de *dolus specialis* genocida, mas sim indícios da responsabilidade criminal individual de Al-Bashir por crimes de guerra e crimes contra a humanidade.²⁶⁵

Também se elencaram declarações públicas de Ahmad Harun, membro do governo sudanês como Ministro Interino de Assuntos Internos a partir de 2003, até sua nomeação como Ministro de Assuntos Humanitários em 2005. Os discursos de Harun eram marcados por brutalidade, se referindo à tarefa dos rebeldes de ‘limpar’ Darfur, dizendo que estava preparado para matar três-quartos da população darfuriana para que um-quarto pudesse viver, e que tudo aquilo que pertencesse aos Fur poderia ser levado pelos *Murahileen*. No entanto, o juízo apontou que, quando a promotoria instaurou um caso contra Ahmad Harun, essa não o acusou de genocídio, sustentando com base no mesmo material que o acusado tinha a intenção persecutória característica do crime contra a humanidade de perseguição.²⁶⁶ Além disso, a maioria entendeu que Ahmad Harun não fazia parte do alto escalão do governo central,²⁶⁷ não podendo, assim, representar a ‘intenção do governo sudanês’ compartilhada entre seus líderes.

Finalmente, no que concerne a terceira categoria, são discutidas as condições de vida nos campos de deslocados internos e a obstrução à assistência humanitária por parte do governo central, as quais a promotoria sustentou serem a base probatória da intenção genocida. Ainda, a promotoria se apóia no caráter

²⁶⁵ Ibid. §§ 170-172.

²⁶⁶ Ibid. § 176.

²⁶⁷ Ibid. § 175.

sistemático e generalizado de um ataque ilegal às populações civis Fur, Masalit e Zaghawa como evidência do dolo específico do governo sudanês.

Contudo, o juízo concluiu, com base nos materiais disponibilizados, que o cenário real era bastante diferente daquele colocado pelo Promotor. Enquanto a promotoria arguiu que o governo do Sudão inflingiu sistematicamente más condições de vida nos campos em questão, a maioria entendeu que não havia tal sistematicidade, sendo as más condições fruto de medidas pontuais, que muitas vezes foram contornadas com sucesso pela UNAMID.²⁶⁸ Quanto à obstrução à ajuda humanitária, a maioria considerou que essa poderia ter sido implementada por inúmeras razões, não necessariamente com a intenção de destruir, necessária para configuração do crime de genocídio, e que as medidas obstrutivas não foram implementadas de forma extensa ou sistemática.²⁶⁹

Portanto, com base na avaliação dos indícios positivos e negativos, o JI chega à conclusão central de que “a existência de motivos razoáveis para acreditar que o governo do Sudão agiu com *dolus specialis*/dolo específico de destruir em todo ou em parte os grupos Fur, Masalit e Zaghawa não é a única conclusão razoável que pode ser tirada d[os materiais]”.²⁷⁰ Vale dizer, em que pese não ser a *única*, a existência de intenção de destruir é, certamente, uma conclusão plausível no caso concreto.

Em relação à possível responsabilidade criminal individual de Omar Al-Bashir, o JI também concluiu que, na qualidade de Presidente e Chefe das Forças Armadas no período relevante, há motivos razoáveis para crer que: (i) ele tinha um papel essencial que ia além da mera coordenação da campanha de contra-insurgência; (ii) Al-Bashir tinha controle total sobre os diferentes braços do aparato estatal sudanês; e (iii) utilizou esse controle para assegurar a

²⁶⁸ Ibid. § 180.

²⁶⁹ Ibid. §§ 181 e 189.

²⁷⁰ Ibid. § 205.

implementação de um plano comum.²⁷¹ Levando em consideração que o JI considerou devidamente estabelecidos motivos razoáveis quanto ao papel de Al-Bashir em crimes contra a humanidade e crimes de guerra, o juízo então emitiu o mandado de detenção para essas acusações.²⁷²

3.3.2 Voto Separado e Parcialmente Dissidente da Juíza Anita Ušacka

A Juíza Ušacka emitiu voto em separado, justamente por discordar das Juízas Kuenyehia (Presidente do JI I) e Steiner nas conclusões sobre genocídio. De pronto, Ušacka coloca que diverge em dois pontos principais: a aplicação de um critério de única inferência razoável, e as conclusões tiradas a partir do material fático-probatório. Não nos alongaremos na discussão do *standard* aplicável, uma vez que essa é uma discussão mais ligada ao direito processual do Estatuto de Roma, valendo apenas o comentário de que a opinião dissidente nesse ponto aplicou o entendimento que posteriormente prevaleceu na reforma da primeira decisão.

Quanto à análise das conclusões da maioria, o voto dissidente é de extrema valia para a discussão sobre os elementos do crime de genocídio. A Juíza analisou a aplicação dos Elementos Constitutivos dos Crimes, citando que há grande parte da doutrina que considera que o TPI não está vinculado a esse documento.²⁷³ A seu ver, os tipos penais, as definições dos crimes, estão descritas apenas no Estatuto, sendo essa a razão pela qual o art. 9(3) se refere à compatibilidade dos Elementos às normas estatutárias.²⁷⁴

Não obstante à obrigatoriedade ou não do ‘manifesto padrão de conduta’, Ušacka considera que o elemento contextual está devidamente evidenciado no

²⁷¹ Ibid. § 222.

²⁷² Ibid. p. 92, primeiro *decisum*.

²⁷³ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Voto em separado e parcialmente dissidente da Juíza Anita Ušacka. Op. cit., nota de rodapé 25.

²⁷⁴ Ibid. § 18.

caso concreto.²⁷⁵ Para tanto, ela lança mão das regras de interpretação de tratados trazidas na Convenção de Viena,²⁷⁶ determinando que ‘manifesto padrão’ tem um significado claro de sistematicidade, o que está em consonância com o segundo elemento do crime de genocídio, que define que ‘manifesto’ é uma característica objetiva.²⁷⁷

Nesse ponto, a própria magistrada levanta uma divergência importante quanto à definição dada pela maioria.²⁷⁸ Na decisão, o juízo interpretou que o ‘manifesto padrão de conduta’ significa que “o crime de genocídio só está completo quando a conduta relevante apresenta uma ameaça concreta à existência do grupo visado, ou de parte desse.”²⁷⁹ A seu ver, a necessidade de uma ameaça concreta tem o efeito de incorporar a exigência do *resultado-destruição* à definição do crime, o que já está previsto na segunda possibilidade do Elemento do Crime, qual seja a possibilidade de que a conduta por si só poderia efetivar tal destruição.

Logo, ao discordar da proposição de um critério de concretude, a magistrada se filia à ideia de que a ameaça pode ser latente e hipotética, o que justificaria acusações de genocídio imputadas a apenas um indivíduo, pois a intenção *individual* representada pelo desejo de destruir se torna juridicamente relevante. Assim, se torna evidente que o acusado poderia ser responsabilizado, ainda que sozinho, pelo genocídio dos Fur, Masalit e Zaghawa.²⁸⁰

²⁷⁵ Ibid. §§ 19-20.

²⁷⁶ Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, arts. 31 e 32. A Convenção de Viena foi promulgada no Brasil pelo Decreto 7.030, de 14 dez. 2009.

²⁷⁷ Elementos dos Crimes, Art. 6º, Introdução: “With respect to the last element listed for each crime: [...] The term “manifest” is an objective qualification;”.

²⁷⁸ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Voto em separado e parcialmente dissidente da Juíza Anita Ušacka. Op. cit., nota de rodapé 26.

²⁷⁹ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Op. cit., § 124.

²⁸⁰ A Juíza concluiu que não havia indícios de que apenas aqueles vistos como ‘rebeldes’ dentro desses grupos eram alvos das condutas, mas sim que todos aqueles pertencentes a esses grupos eram vítimas visadas. TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's

Para tanto, a Juíza passa a analisar o material levantado pela Promotoria em suporte às acusações de genocídio. Em primeiro lugar, ela estabelece que a posição de Al-Bashir dentro do aparato do governo sudanês pode ser relevante para a inferência de que ele compartilhava de uma intenção genocida com outros membros do alto-escalão, concordando, então, com a maioria.²⁸¹

Em seguida, a magistrada dá a sua interpretação sobre indícios contextuais da existência de planos, políticas estatais ou preparações.²⁸² Como exemplos de evidências que podem apontar a existência de tais indícios, Ušacka elenca o envolvimento de autoridades públicas ou soldados na execução dos ataques, ou a disponibilização pelo governo de transporte aos agressores. Também, como indícios de preparações, são invocadas a mobilização de grupos milicianos e a distribuição de armamentos a civis. Essas possibilidades tinham precedentes no caso *Kayishema* do TPIR.²⁸³

No caso concreto, a Juíza considerou haver evidências suficientes de que o governo do Sudão tinha uma política genocida, com base em diversos fatores: o governo ter armado os Janjaweed; membros das Forças Armadas Sudanesas terem participado em ataques; a incitação a atos de discriminação por parte de um membro do Exército; e a distribuição de armas às populações árabe, Gimir e Tama. Ainda, ela avaliou que havia um *modus operandi* de atingir de forma sistemática os membros de um grupo protegido,²⁸⁴ e que esses ataques eram feitos em larga-escala.²⁸⁵ Essas últimas duas conclusões demonstram a ligação entre os crimes contra a humanidade, nos quais há exigência expressa de um

Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Voto em separado e parcialmente dissidente da Juíza Anita Ušacka. Op. cit., § 22.

²⁸¹ Ibid. § 39.

²⁸² Ibid. §§ 42-47.

²⁸³ TPIR. *Promotor v. Kayishema*. Julgamento. Op. cit., §§ 283-284, 298 e 536.

²⁸⁴ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Voto em separado e parcialmente dissidente da Juíza Anita Ušacka. Op. cit., §§ 48-50.

²⁸⁵ Ibid. §§ 51-52.

ataque sistemático ou generalizado, e o genocídio – como pleiteia o Prof. Kress, pela ‘congruência estrutural’ entre esses crimes.

Na sequência, passa a Juíza a avaliar a existência do *dolus specialis*. De pronto, Ušacka traz a distinção já descrita na primeira decisão entre as intenções genocida e persecutória, apontando que o genocídio na modalidade do art. 6(c) expressamente coloca que deve haver a destruição *física* do grupo. Ainda que haja divergências sobre o que seria a destruição física, a juíza adota o critério formulado pelo Juiz Shahabuddeen no julgamento do recurso do caso *Krstić*, segundo o qual o *actus reus* deve compreender uma conduta de destruição física ou biológica, mas no que tange a intenção, essa pode estar relacionada a outras formas de destruição, como a cultural.²⁸⁶

Uma observação importante da magistrada é de que, em uma perspectiva histórica, muitos genocídios foram revestidos de uma alegada ‘ameaça à segurança’.²⁸⁷ Assim, o pretexto usado pelo governo sudanês de que os Fur, Masalit e Zaghawa compunham as forças rebeldes mascarava a intenção de destruir esses grupos, pautada em disputas étnicas. Adicionalmente, a juíza se referiu a documentos que demonstravam que foram atacadas 97% das vilas predominantemente Fur e 85% daquelas Masalit dentro de uma específica área administrativa em Darfur, o que por si já era um forte indício da intenção de destruir o grupo, atingindo uma parcela substancial dos grupos vitimados.²⁸⁸

Considerando esses indícios, a juíza questiona se algum dos indícios levantados pela promotoria é capaz de por si só afastar a razoabilidade de existir intenção genocida nas ações do governo do Sudão. A seu ver, a resposta é negativa, pelas seguintes razões: a conclusão da maioria de a maior parte dos

²⁸⁶ Ibid. §§ 60, citando: TPII. *Promotor v. Krstić*. (IT-98-33- A). Julgamento do Recurso. Voto Parcialmente Dissidente do Juiz Shahabuddeen. Haia. 14 abr. 2004. §§ 49-50.

²⁸⁷ Ibid. §§ 65-66.

²⁸⁸ Ibid. §§ 68-69.

civis dos grupos supracitados não foi morta nem ferida desconsidera o número de pessoas que foram obrigadas a fugir para áreas inóspitas em Darfur; igualmente, a conclusão de que não havia campos de detenção em Darfur não tem efeito na prática, pois a existência desses campos não é um elemento do tipo penal; apesar da maioria haver considerado que havia outros fatores adicionais que contribuíram para as más condições de vida nos campos de deslocados, esses fatores não negam o papel fundamental de Omar Al-Bashir e do governo sudanês nessa situação; e, finalmente, que o fato de o Promotor não ter acusado Ahmad Harun de genocídio não tira o valor probatório das evidências nesse sentido.²⁸⁹

Sendo assim, a opinião da Juíza Ušacka é de que a existência de intenção genocida por parte do governo do Sudão é uma inferência razoável a partir dos fatos e circunstâncias. Assim, não havendo, por outro lado, qualquer indício que negue de forma definitiva essa possibilidade, está provado o *standard* de motivos razoáveis.

Quanto à modalidade de responsabilidade criminal, a juíza diverge novamente da maioria, por não considerar que há prova clara sobre a estrutura de controle do aparato estatal no Sudão. Dessa forma, não há resposta conclusiva sobre o papel de Omar Al-Bashir como co-perpetrador ou perpetrador, conforme o art. 25(3)(a) do Estatuto, sendo, a seu ver, mais apropriada a imputação por perpetração indireta.²⁹⁰

Portanto, a conclusão da Juíza Anita Ušacka é de que há motivos razoáveis para acreditar que Omar Al-Bashir cometeu o crime de genocídio, divergindo da maioria nas acusações de genocídio, e de que o acusado não poderia ser imputado na forma de perpetração direta pelos crimes de guerra e crimes contra a humanidade, contrariamente ao que decidiu a maioria.

²⁸⁹ Ibid. §§ 78-83.

²⁹⁰ Ibid. §§ 103-104.

3.4 Críticas à atuação do TPI

O caso *Al-Bashir* é um caso emblemático sob diversos aspectos. Já antes mesmo de se tornar um litígio, a situação crítica em Darfur já tinha a marca de ser a primeira vez na história da ONU que um país se recusou a receber uma missão de paz após essa ser autorizada pelo CSNU. Igualmente, essa foi a primeira investigação do TPI diretamente referida pelo CSNU, no uso de sua prerrogativa conforme o art. 13(b) do Estatuto de Roma. Acima dessas ‘inovações’, o caso *Al-Bashir* se tornou o primeiro caso de genocídio perante o TPI.

A primeira decisão do TPI sobre a emissão de mandado de detenção contra Omar Al-Bashir traz contornos importantes para a definição de genocídio. Por exemplo, o Elemento do Crime no que tange ao ‘manifesto padrão de conduta’ vem sendo debatido entre doutrinadores. Como aduzido no capítulo anterior, o Prof. Schabas vê na introdução desse elemento a emergência de um costume internacional quanto à necessidade de existência de um plano ou política genocida. De forma similar, o Prof. Kress argumenta que esse elemento, apesar de não excluir a possibilidade de um *lone génocidaire*, pressupõe que esse é um crime de perigo concreto, o que, na prática, ilustra a necessidade de uma campanha genocida planejada.²⁹¹

Nesse ponto, Kress faz uma importante consideração sistemática quantos aos crimes internacionais *strictu sensu*. O autor argumenta que os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão têm como requisito a existência de ameaça real a um bem jurídico internacional. Assim, a seu ver, a coerência entre o crime de genocídio dentro do sistema maior de crimes internacionais é favorecida se aplicado o mesmo *standard* de perigo real e

²⁹¹ KRESS, 2015, Op. cit., p. 674-675.

concreto.²⁹² Logo, o critério adotado pela maioria na primeira decisão tem a vantagem de promover a dita ‘congruência estrutural’ entre os crimes de competência do TPI.

Outro debate intimamente ligado ao caso *Al-Bashir* é sobre a interpretação literal do art. 6º do Estatuto frente a considerações de *policy* e de finalidade da norma. É certo que as condutas genocidas elencadas no ordenamento não contém a previsão expressa de um elemento coletivo ou de uma política. No entanto, a existência desse requisito pode se apoiar na avaliação da intenção do acusado. Mais uma vez, Claus Kress defende que o Elemento do Crime sugere que a intenção deve ser realista – vale dizer, ou a conduta do acusado tem o poder de efetivar a destruição por si só, como ilustra a segunda parte do elemento referido, ou sua intenção só será realista se acompanhada de um manifesto padrão de conduta, um nível coletivo de atividade genocida.²⁹³ Esse entendimento parece ser albergado pelo JI na primeira decisão, quando equipara a ‘intenção do governo do Sudão’ à ‘intenção de Omar Al-Bashir’, uma vez que pressupõe um nível coletivo de ação genocida pautado por um plano comum, pelo qual o alto-escalão do governo seria responsável.

Além disso, há a divergência entre a maioria e a Juíza Anita Ušacka no que tange à ameaça concreta. No seu voto dissidente, a juíza argumenta que a condição de ‘concretude’ se aproxima demasiadamente do resultado-genocídio. Dessa forma, só se observaria no caso concreto quando a ameaça já fosse a tal ponto iminente, que seria quase inevitável o resultado de destruir o grupo protegido. Igualmente, Kress argumenta que a exigência de ameaça concreta introduz um critério alto demais para a caracterização da conduta, quando, para

²⁹² Ibid. p. 676-677.

²⁹³ Ibid. p. 678-679.

fins práticos, os atos iniciais de um genocídio também devem ser caracterizados como tal.²⁹⁴

Por outro lado, Sangkul Kim, analisando o argumento de Kress quanto aos atos iniciais, conclui que essa é uma questão de *policy*, que não deve ser incluída na definição legal do crime. Ele sugere que o Elemento do Crime, ao esclarecer que ‘no contexto’ (*‘in the context of’*) inclui os atos iniciais de um genocídio como parte de um padrão emergente, tem como objetivo tão-somente assegurar que os perpetradores dos atos iniciais não possam se imiscuir de responsabilidade simplesmente por não haver, até o momento de sua conduta, um ‘manifesto padrão de conduta’, mas apenas um padrão emergente. A seu ver, o crime de genocídio não está presente antes de que exista um contexto genocida, o que não significa, contudo, que os perpetradores iniciais não poderão ser responsabilizados em retrospectiva.²⁹⁵

A primeira decisão e o voto dissidente também suscitam a discussão sobre o significado de destruição física, contido no art. 6(c). Enquanto a maioria favoreceu o entendimento de que a destruição deve ser biológica, visão predominante na doutrina, a Juíza Ušacka deu preferência a um critério mais plástico, diferenciando a destruição física quanto à conduta e outras formas de destruição quanto à intenção. Muito embora os trabalhos preparatórios da Convenção de Genocídio tenham buscado explicitamente excluir formas de genocídio cultural, é possível argumentar que a própria escolha de grupos protegidos, vista sob uma lente contemporânea, traz grupos que não são estritamente biológicos, como é o caso dos grupos nacionais e principalmente dos religiosos. Essa questão não é discutida no caso *Al-Bashir*, mas certamente será objeto de outras decisões no TPI.

²⁹⁴ Ibid. p. 681-682.

²⁹⁵ KIM, Sangkul. *A Collective Theory of Genocidal Intent*. International Criminal Justice Series, v. 7. Haia: TMC Asser Press, 2016. p. 151-152.

Em contrapartida, a decisão de 2009 não discutiu de forma satisfatória a grande problemática das abordagens de propósito e de conhecimento quanto ao *dolus specialis*. O JI cita de forma breve, em apenas uma nota de rodapé,²⁹⁶ a existência das duas correntes, sem, contudo, apreciar suas nuances interpretativas. Segundo o juízo, “a interpretação literal do dispositivo do art. 6º do Estatuto e seus respectivos Elementos deixa claro que só podem ser considerados perpetradores no sentido do art. 25(3)(a) aqueles que agem com a intenção genocida necessária.”²⁹⁷ No entanto, como discutido no cap. II, a literalidade da intenção de destruir não é, por si só, determinante sobre a adoção de uma ou outra corrente. Tampouco esclarece o juízo os diversos entendimentos dentro da abordagem de propósito, tendo apenas feito referência a dois autores, Kress e Schabas, cujas diferenças interpretativas também estão expostas anteriormente.

Não obstante, a mais significativa contribuição da primeira decisão e do voto dissidente, e do caso *Al-Bashir* como um todo, é para a discussão sobre a existência de um requisito de plano ou política estatal no tipo penal do genocídio. A decisão de 2009, ao se referir à ‘intenção do governo sudanês’ como a ‘intenção de Omar Al-Bashir’, toma um passo importante no sentido de acatar a necessidade de um plano ou política genocida. Ao igualar uma *política*, que ocorre no campo do governo como entidade abstrata, ao *dolo* (específico), que ocorre na esfera íntima de um indivíduo, o JI demonstra que um elemento contextual está intrinsecamente conectado à intenção individual.

Dessa forma, esse entendimento sugere que é preciso olhar para o âmbito coletivo para que se possa determinar a participação de um acusado, sendo certo

²⁹⁶ TPI. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Op. cit., nota de rodapé 154.

²⁹⁷ “In this regard, the literal interpretation of the definition of the crime of genocide in article 6 of the Statute and in the Elements of Crimes makes clear that only those who act with the requisite genocidal intent can be principals to such a crime pursuant to article 25(3)(a) of the Statute.”

que, se esse nível coletivo não tiver o potencial realista de destruir um grupo protegido, não há que se falar em genocídio no plano individual. Sendo assim, tendo o JI chegado à conclusão de que o governo do Sudão não agiu com intenção de destruir, i.e, não perseguiu uma política genocida, não poderia o acusado ter agido de forma *realista* a perpetrar um genocídio.

Também é possível argumentar que o caso de Omar Al-Bashir não se enquadra diretamente na hipótese do *lone génocidaire*, uma vez que a avaliação do juízo sobre a sua intenção não está predicada no sopesamento de indícios de sua conduta individual e de suas declarações, mas sim no sopesamento de indícios sobre o envolvimento de diversas ramificações do governo sudanês em um plano coordenado. Nesse ponto, importante repisar que Al-Bashir é acusado como perpetrador direto na qualidade de Presidente e Chefe das Forças Armadas do Sudão – situação muito diferente daquela de Goran Jelisić, que, como chefe do campo de detenção de Luka, era considerado um agente do baixo-escalão da estrutura da VRS.²⁹⁸ Se, no caso *Jelisić*, as provas levantadas pela promotoria eram quase unicamente declarações do acusado e daqueles que com ele interagiram de forma direta, o mesmo não pode ser dito sobre o caso *Al-Bashir*, que analisou provas mais ligadas às circunstâncias em Darfur.

Portanto, o possível reconhecimento pela maioria de que existe um elemento contextual necessário ao crime de genocídio, com base nos Elementos, dá novos contornos a esse crime. Sendo esse o primeiro caso de genocídio perante o TPI, o caso *Al-Bashir* é, pelo menos, uma indicação da direção que o tribunal irá tomar na caracterização de genocídio sob a égide do Estatuto de Roma.

²⁹⁸ Vide cap. 2.1.

Conclusão

O genocídio é, sem dúvidas, uma forma de atrocidade intimamente relacionada ao ódio e à discriminação dos grupos humanos, e desafia a concepção de humanidade albergada pelos instrumentos internacionais, como é o caso do Estatuto de Roma.

Em um primeiro momento, com a entrada em vigor da Convenção de Genocídio de 1948, o genocídio se tornou crime internacional. Não obstante, não se vislumbrava à época a plena personalidade jurídica internacional do indivíduo, de forma que esse crime, ainda que cometido por homens e não entidades abstratas, somente daria azo à responsabilidade internacional de um Estado. Desde então, é cristalina a fixação da norma proibitiva do genocídio como *jus cogens* no cenário internacional.

Esse cenário mudou de forma significativa com a criação dos tribunais penais *ad hoc* para o Ruanda e para a Iugoslávia, pois seus estatutos previam a responsabilidade criminal individual pelo crime de genocídio. Desde então, não há dúvidas sobre a possibilidade de responsabilizar um indivíduo na esfera internacional, pelas mais graves violações de direitos humanos e direito humanitário.

No entanto, essa evolução não soluciona a dúvida quanto ao papel que um Estado pode ou deve desenvolver dentro do crime de genocídio. Expostas as diversas correntes que se referem ao possível elemento contextual, e com base na análise dos casos *Jelisić* e *Al-Bashir*, é evidente que o envolvimento do Estado se torna uma questão central das acusações de genocídio. Nesse sentido, prudente destacar que a participação estatal, em que pese necessária para Schabas, pode ser substituída pelo envolvimento de outros grupos ou entidades – não necessariamente será o Estado aquele que desenvolve um plano genocida, podendo-se bem imaginar que grupos armados paramilitares, insurgentes, e

talvez mesmo empresas podem ser novos atores na esfera internacional que implementem campanhas genocidas.

Nada obstante, como defende Kress, parece claro que deve haver um nível coletivo de ação genocida, sem o qual não será caracterizado o crime de genocídio. Esse entendimento está em linha com os Elementos dos Crimes, e não contradiz o dispositivo estatutário. Ainda, encontra respaldo na jurisprudência, tendo a absolvição de Goran Jelisić demonstrado *a contrario* que, apesar de teoricamente possível, não há como proceder no plano fático à condenação de um acusado sem que haja, ao menos, um plano genocida em curso.

Nesse sentido, resta prejudicada a hipótese do *lone génocidaire*, como consequência lógica da necessidade de um elemento contextual. Se é necessário um plano ou uma campanha genocida, não se vislumbra como poderia um indivíduo por si só ser responsável por todo um genocídio, pois esse seria apenas uma peça em um quebra-cabeça que envolve outros tantos indivíduos e um plano ou política.

Apesar disso, como visto na análise jurisprudencial, e, em larga medida, do caso Al-Bashir, os tribunais tendem a considerar não como elemento constitutivo do crime a existência de um contexto ou política estatal, mas sim como evidência do *dolus specialis* do acusado.

Como intenção, o dolo específico é um elemento mental, íntimo do acusado, de forma que o juízo é obrigado a inferi-lo pelas circunstâncias a ele apresentadas pela promotoria e pela defesa, pois normalmente não há confissão do acusado. Sendo assim, a avaliação do *dolus specialis* deve respeitar as garantias judiciais estatutárias, como a presunção de inocência, a prova além de dúvida razoável, o princípio *in dubio pro reo*, e todo o devido processo legal.

Justamente por sua centralidade argumentativa, a doutrina e a jurisprudência divergem em suas interpretações, sendo expoentes as abordagens de propósito e de conhecimento. Nessa, procura-se estabelecer a responsabilidade criminal individual com base no grau de conhecimento que o acusado detém de um contexto genocida; naquela, a responsabilidade individual é aferida quando o agente busca de forma consciente e voluntária o resultado genocida.

Dessa feita, para hipótese do *lone génocidaire*, dois fatores são de extrema relevância: (i) a determinação da existência de um contexto genocida, podendo ou não envolver um Estado, e (ii) a avaliação da intenção do indivíduo por meio das provas produzidas no curso do processo judicial. Ora, se o genocídio é uma atrocidade em massa, generalizada, difícil imaginar na realidade que o genocídio seja executado por um único indivíduo – mais ainda, que um único indivíduo seja responsável por toda uma campanha genocida.

Por conseguinte, se necessário provar a existência de uma política estatal genocida ou um nível coletivo de atividade genocida, então está inocentado o suposto perpetrador único; se não, é preciso questionar que tipo de circunstâncias podem provar a hipótese. Dessa sorte, esses dois fatores estão intimamente interligados, podendo-se até mesmo argumentar um certo grau de interdependência. Até o momento, nenhuma condenação por genocídio ocorreu sem que se comprovasse a existência de um contexto genocida.

Por fim, o caso *Al-Bashir* ilustra de forma muito evidente o conflito na jurisdição penal internacional entre a existência do elemento contextual no tipo penal do genocídio e as acusações de genocídio baseadas na intenção do indivíduo. Como se argumenta, a hipótese do indivíduo genocida é frágil por encarar a intenção apenas como o propósito de destruir, ignorando a abordagem

de conhecimento, que é mais compatível com a acusação de membros do alto escalão de governos.

Ainda, ao equiparar a intenção individual de Omar Al-Bashir à intenção do governo do Sudão, a decisão do JJPI em 2009 toma um passo crucial no desenvolvimento de um elemento contextual como constitutivo do tipo penal genocídio. Considerando Al-Bashir como comandante único do Estado sudanês, em todas as suas ramificações, imagina-se o acusado como a personificação do Estado. No entanto, é plausível conceber que essa não seja a realidade, devendo-se sim considerar que outros indivíduos do alto-escalão da política sudanesa compartilhavam o poder de governo. Assim, esses indivíduos deveriam traçar um objetivo comum, de forma que outros tantos comandantes poderiam ser responsabilizados por seu conhecimento da campanha genocida.

Portanto, tanto sob a ótica de que Al-Bashir detinha o poder absoluto sobre o governo, quanto na provável hipótese de que esse compartilhava o poder com outros indivíduos, o envolvimento do Estado é um elemento fundamental da argumentação do juízo. Sendo assim, é evidente que a existência de uma política estatal ou plano genocida carrega peso fundamental na determinação sobre a configuração do crime de genocídio.

BIBLIOGRAFIA

ALONZO-MAIZLISH, David. In Whole or in Part: Group Rights, the Intent Element of Genocide, and the “Quantitative Criterion”. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 77, p. 1369-1403, 2002.

AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law, Part I: Foundations and General Part*. vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. *Treatise on International Criminal Law, Part II: The Crimes and Sentencing*. vol. 2. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ASKIN, Kelly D. Judgments Rendered in 1999 by the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda. *ILSA Journal of International and Comparative Law*. Fort Lauderdale, v. 6, p. 485-505, 2000.

BASSIOUNI, M. Cherif. Human Rights In The Context Of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections And Equivalent Protections In National Constitutions. *Duke Journal of Comparative & International Law*. Durham, v. 3, p. 235-297, 1993.

BBC NEWS. Serb 'Adolf' innocent of genocide. Disponível em <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1423557.stm>>. Acesso em 26 out. 2019.

_____. Powell Declares Genocide in Sudan. Disponível em <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/3641820.stm>>. Acesso em 26 out. 2019.

BEHRENS, Paul. A Moment of Kindness? Consistency and Genocidal Intent. In: HENHAM, Ralph; BEHRENS, Paul. *The Criminal Law of Genocide*. Aldershot: Ashgate, 2007.

BRASIL. Decreto n. 30.882, de 6 mai. 1952. *Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*, Rio de Janeiro, RJ, mai. 1952.

_____. Decreto n. 4.388, de 25 set. 2002. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*, Brasília, DF, set. 2002.

_____. Decreto n.º 7.030, de 14 dez. 2009. *Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, Brasília, DF, dez. 2009.

BURKE, Jason; SALIH, Zeinab Mohammad. Ex-Sudan leader said he received millions from Saudis, trial told. *The Guardian*. 19 ago. 2019. Disponível em <<https://www.theguardian.com/world/2019/aug/19/ex-sudan-president-omar-al-bashir-in-court-on-corruption-charges>>. Acesso em 26 out. 2019.

CII. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Sentença. Juíza-Presidente Rosalyn Higgins. Haia. 26 fev. 2007. ICJ Reports 2007, p. 43-240.

_____. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Memorial do Governo da República da Bósnia-Herzegovina de 15 de abril de 1994.

_____. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*. Sentença de Jurisdição e Admissibilidade. Juiz-Presidente Shi Jiuyong. Haia. 3 fev. 2006. ICJ Reports 2006, p. 6.

_____. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Opinião Consultiva. Haia. 8 jul. 1996. ICJ Reports 1996, p. 226-267.

_____. *Reservations to the Convention on Genocide*. Opinião Consultiva. Haia. 28 mai. 1951. ICJ Reports 1951, p. 15-58.

CLEARWATER, Sam. Holding States Accountable for the Crime of Crimes: An Analysis of Direct State Responsibility for Genocide in Light of the ICJ's 2007 Decision in Bosnia v Serbia. *Auckland University Law Review*. Auckland, v. 15, n. 1, 2009.

COLLINS, Robert O. Disaster in Darfur: Historical Overview. Em: TOTTEN, Samuel; MARKUSEN, Eric (eds.). *Genocide in Darfur: investigating the atrocities in the Sudan*. Nova Iorque: Routledge, 2006.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE INQUÉRITO SOBRE DARFUR. Relatório. Genebra, 25 jan. 2005.

COUTURE, Amélia. The Politics of International Justice: the Security Council's Impact on the Independence, Effectiveness and Legitimacy of the International Criminal Court. *International Human Rights Internship Working Paper Series*, Center for Human Rights and Legal Pluralism (CHRLP) Working Paper Series, v. 3, n. 2, Spring 2015.

DEUTSCHE WELLE. Regime de Omar al-Bashir chega ao fim no Sudão. 11 abr. 2019. Disponível em <<https://www.dw.com/pt-br/regime-de-omar-al-bashir-chega-ao-fim-no-sud%C3%A3o/a-48287441>>. Acesso em 26 out. 2019.

DROST, Pieter. *The Crime of State: Genocide*. A.W. Sythoff: Leiden, 1959.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DO GENOCÍDIO E RESPONSABILIDADE DE PROTEGER. *Fatos essenciais sobre a Convenção de Genocídio*. Disponível em <<https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide-convention.shtml>>. Acesso em 30 out. 2019.

FOLEY, Conor. *UN Peacekeeping Operations and the Protection of Civilians*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2017.

FORSYTHE, David P. The UN Security Council and Response to Atrocities: International Criminal Law and the P-5. *Human Rights Quarterly*, v. 34, n. 3, p. 840-863, 2012.

GAETA, Paola. On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?. *European Journal of International Law*. Oxford, v. 18, n. 4, p. 631-648, 2007.

GRANT, John P. *International Law*. Dundee: Dundee University Press, 2010.

GREENAWALT, Alexander. Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation. *Columbia Law Review*. Nova Iorque, v. 99, n. 8, p. 2259-2294, 1999.

INTERNATIONAL CRISIS GROUP. Sudan: Now or Never in Darfur. p. 11. Disponível em <<https://d2071andvip0wj.cloudfront.net/80-sudan-now-or-never-in-darfur.pdf>>. Acesso em 26 out. 2019.

KIM, Sangkul. *A Collective Theory of Genocidal Intent*. International Criminal Justice Series, v. 7. Haia: TMC Asser Press, 2016.

KIRSCH, Philippe. *Applying the Principles of Nuremberg in the ICC*: Keynote Address at the Conference “Judgment at Nuremberg” held on the 60th Anniversary of the Nuremberg Judgment, p. 3. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK_20060930_English.pdf>. Acesso em 30 out. 2019.

KRESS, Claus. *International Criminal Law*, § 25. In: Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Heidelberg: Oxford University Press, 2009.

_____. The Crime of Genocide under International Law. *International Criminal Law Review*. Groningen, v. 6, p. 461–502, 2006.

_____. The Darfur Report and Genocidal Intent. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, v. 3, n. 3, p. 562–578, julho 2005.

_____. The ICC's first encounter with the crime of genocide: The case against Al-Bashir. In: STAHN, Carsten (ed.). *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Londres: Oxford University Press, 2015, p. 669-704.

LEMKIN, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Washington: Carnegie Endowment for World Peace, 1944.

MENNECKE, Martin. *The Crime of Genocide and International Law*, p. 145. Disponível em <https://www.niod.nl/sites/niod.nl/files/International%20Law.pdf>. Acesso em 30 out. 2019.

ONU. Assembleia Geral. *The Crime of Genocide*. UN Doc. A/RES/96(I), 11 dez. 1946.

_____. Assembleia Geral. *Genocide: Draft Convention (E/794) and Report of the Economic and Social Council*. UN Doc. A/C.6/217, 5 out. 1948.

_____. Assembleia Geral. *Seventy-second Meeting*. UN Doc. A/C.6/SR.72, 12 out. 1948.

_____. Assembleia Geral. *Reservations to multilateral conventions*. UN Doc. A/RES/478, 16 nov. 1950.

_____. Assembleia Geral. Comissão de Direito Internacional. *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*. Resolução 177(II), 21 nov. 1948.

_____. Assembleia Geral. Comissão de Direito Internacional. *Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Eighth Session*. U.N. Doc. A/51/10, 26 jul. 1996.

_____. Conselho Econômico e Social. *Draft Convention on the Crime of Genocide*. UN Doc. E/447 (1947), 26 jun. 1947.

_____. Conselho Econômico e Social. *Ad Hoc Committee on Genocide, Summary Record of the Eighteenth Meeting*. UN Doc. E/AC.25/SR.18, 26 abr. 1948, p. 4.

_____. Conselho Econômico e Social. *Report of the Committee and Convention Drawn up by the Committee*. UN Doc. E/794, 24 mai. 1948.

_____. Conselho de Segurança. *Resolução 827*. UN Doc. S/RES/827 (1993), 25 mai. 1993

_____. Conselho de Segurança. *Resolução 955*. UN Doc. S/RES/955 (1994), 8 nov. 1994

_____. Conselho de Segurança. *Resolução 1556*. UNDoc S/RES/1556 (2004), 30 jul. 2004.

_____. Conselho de Segurança. *Report of the Secretary-General pursuant to paragraphs 6 and 13 to 16 of Security Council resolution 1556 (2004)*. UNDoc S/2004/703, 30 ago. 2004.

_____. Conselho de Segurança. *Resolução 1564*. UNDoc S/RES/1564 (2004), 18 set. 2004.

_____. Conselho de Segurança. *Resolução 1593*. UN Doc. S/RES/1593 (2005), 31 mar. 2005.

RAFIRASME, Ramin. Declaração de 26 de janeiro de 2004 pelo Programa Mundial de Alimentos. UN Integrated Regional Information Networks (IRIN). Disponível em <<https://reliefweb.int/report/chad/chad-sudan-wfp-says-plight-darfur-refugees-getting-worse>>. Acesso em 25 out. 2019.

RAMCHARAN, Bertrand. *Report Of The United Nations High Commissioner For Human Rights And Follow-up To The World Conference On Human Rights*. UN Doc. E/CN.4/2005/3, 7 mai. 2004.

REEVES, Eric. “Ethnic Cleansing” or Genocide in Darfur?. Disponível em <http://www.sudantribune.com/spip.php?page=imprimable&id_article=2229>. Acesso em 26 out. 2019.

RIKHOF, Joseph. A History and Typology of International Criminal Institutions. Disponível em <<http://www.kirschinstitute.ca/history-typology-international-criminal-institutions/>>. Acesso em 31 out. 2019.

SALIH, Zeinab Mohammad; BEAUMONT, Paul. 'Change in people's hearts': anti-Bashir protests put Sudan at a crossroads. *The Guardian*. 17 jan. 2019. Disponível em <<https://www.theguardian.com/global-development/2019/jan/17/change-in-peoples-hearts-sudan-crossroads-omar-al-bashir-protests>>. Acesso em 26 out. 2019.

SARTRE, Jean-Paul. On Genocide. In: FALK, R.; KOLKO, G.; LIFTON, R., (Eds.). *Crimes of War*. Nova Iorque: Random House, 1971.

SCHABAS, William A. Darfur and the “Odious Scourge”: The Commission of Inquiry’s Findings on Genocide. *Leiden Journal of International Law*. Leiden, v. 18, n. 4, p. 871-885, 2005.

_____. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. 2ª ed. Galway: Cambridge University Press, 2009.

_____. Has Genocide Been Committed in Darfur?. In: HENHAM, Ralph; BEHRENS (Orgs.) *The Criminal Law of Genocide*. Aldershot: Ashgate, 2007.

_____. The Jelisić Case and the Mens Rea of the Crime of Genocide. *Leiden Journal of International Law*. Leiden, v. 14, n. 1, p. 125-139, 2001.

_____. State Policy as an Element of International Crimes. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Chicago, v. 98, n. 3, p. 953-982, 2008.

SCHARF, Michael P. The Politics of Establishing an International Criminal Court. *Duke Journal of Comparative and International Law*. Durham, v. 6, p. 167-173, 1997. Disponível em

<https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1560&context=faculty_publications>. Acesso em 30 out. 2019.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 4^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SURVIVAL BRASIL. História. Disponível em <<https://www.survivalbrasil.org/povos/indios-brasileiros>>. Acesso em 31 out. 2019.

TOMUSCHAT, Christian. The Legacy of Nuremberg. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, v. 4, n. 4, p. 830–844, set 2006.

TPI. Elementos dos Crimes. Haia. set. 2002.

_____. *Promotor v. Ahmad Muhammad Harun e Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahman* (ICC-02/05-01/07). Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute. Juíza-Presidente Akua Kuenyehia. Haia. 27 abr. 2007.

_____. *Promotor v. Ahmad Muhammad Harun e Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahman* (ICC-02/05-01/07). Mandado de Detenção contra Ahmad Muhammad Harun, 27 abr. 2007.

_____. *Promotor v. Ahmad Muhammad Harun e Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahman* (ICC-02/05-01/07). Mandado de Detenção contra Ali Kushayb, 27 abr. 2007.

_____. *Promotor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen* (ICC-02/04-01/05). Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute. Juiz-Presidente Mauro Politi. Haia. 10 mar. 2009.

_____. *Promotor v. Mathieu Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-02/07). Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a

warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui. Juíza-Presidente Akua Kuenyehia. Haia. 6 jul. 2007.

_____. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). The Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Promotor-Chefe Luis Moreno-Ocampo. Haia. 14 jul. 2008.

_____. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Juíza-Presidente Akua Kuenyehia. Haia. 4 mar. 2009.

_____. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Voto em separado e parcialmente dissidente da Juíza Anita Ušacka. Haia. 4 mar. 2009.

_____. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Mandado de Detenção contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Juíza-Presidente Akua Kuenyehia. Haia. 4 mar. 2009.

_____. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09-OA). Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir". Juiz-Presidente Erkki Kourula. Haia. 3 fev. 2010.

_____. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest. Juíza-Presidente Sylvia Steiner. Haia. 12 jul. 2010.

_____. *Promotor v. Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09). Segundo Mandado de Detenção contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Juíza-Presidente Sylvia Steiner. Haia. 12 jul. 2010.

_____. *Promotor v. Saif Al-Islam Gaddafi e Abdullah Al-Senussi* (ICC-OI/II-OI/IIOA6). Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the

decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”. Juíza-Presidente Akua Kuenyehia. Haia. 24 jul 2014.

_____. *Promotor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06). Decision on the Prosecutor’s Application for a warrant of arrest, Article 58. Juiz-Presidente Claude Jorda. Haia. 10 fev. 2006.

_____. Situation in Darfur, Sudan. *Context and alleged crimes*. Disponível em <<https://www.icc-cpi.int/darfur>>. Acesso em 30 out. 2019.

TPII. *Promotor v. Jelisić* (IT-95-10-T). Julgamento. Juiz-Presidente Claude Jorda. Haia. 14 dez 1999.

_____. *Promotor v. Jelisić* (IT-95-10-A). Julgamento do Recurso. Juiz-Presidente Mohamed Shahabuddeen. Haia. 5 jul. 2001.

_____. *Promotor v. Krstić* (IT-98-33). Julgamento. Juiz-Presidente Almiro Rodrigues. Haia. 2 ago. 2001.

_____. *Promotor v. Krstić* (IT-98-33-A). Julgamento do Recurso. Juiz-Presidente Theodor Meron. Haia. 19 abr. 2004.

_____. *Promotor v. Krstić*. (IT-98-33- A). Julgamento do Recurso. Voto Parcialmente Dissidente do Juiz Shahabuddeen. Haia. 14 abr. 2004.

_____. *Promotor v. Milošević* (IT-02-54-PT). Decision on Preliminary Motions. Juiz-Presidente Richard May. Haia. 8 nov. 2001.

_____. *Promotor v. Tadić* (IT-94-1). Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction. Juiz-Presidente Antonio Cassesse. Haia. 2 out. 1995.

_____. *Promotor v. Vasiljević* (IT-98-32). Julgamento do Recurso. Juiz-Presidente Theodor Meron. Haia. 25 fev. 2004.

TPIR. *Promotor v. Akayesu* (ICTR-96-4-T). Julgamento. Juíza-Presidente Laïty Kama. Arusha. 2 set. 1998.

_____. *Promotor v. Bagilishema* (ICTR-95-1A-T). Julgamento. Juiz-Presidente Erik Møse. Arusha. 7 jun. 2001.

_____. *Promotor v. Kambanda* (ICTR-97-23-S). Julgamento e Sentença. Juíza-Presidente Laïty Kama. Arusha. 4 set. 1998.

_____. *Promotor v. Kayishema* (ICTR-95-1-A). Julgamento. Juiz-Presidente William H. Sekule. Arusha. 21 mai. 1999

_____. *Promotor v. Kayishema* (ICTR-95-1-A). Julgamento do Recurso. Juiz-Presidente Claude Jorda. Haia. 1 jun. 2001.

_____. *Promotor v. Kayishema e Ruzindana* (ICTR-95-1). Julgamento. Juiz-Presidente William H. Sekule. Arusha. 21 mai. 1999.

_____. *Promotor v. Semanza* (ICTR-97-20-T). Julgamento. Juiz-Presidente Theodor Meron. Arusha. 20 mai. 2005.

TRIBUNAL INTERNACIONAL MILITAR, *France et al. v. Goering et al.*. Julgamento e Sentença. Juiz-Presidente Geoffrey Lawrence. Nuremberg. 1 out. 1946.

TRIFFTERER, Otto. Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such. *Leiden Journal of International Law*. Leiden, v 14, n. 2, p. 399-408, 2001.

UZIEL, Eduardo. *Conselho de Segurança, as operações e manutenção da paz e a inserção do Brasil no mecanismo de segurança coletiva das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 2010.

VERDIRAME, Guglielmo. The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, n. 3, p. 578–598, 2000.

WERLE, Gerhard. *Völkerstrafrecht*. 2^a ed. Tübinga: Mohr Siebeck, 2007.