

Genocídio: dimensões internacionais e a sua regulação interna no direito brasileiro pela Lei 2.889/56

**Genocidio: dimensiones internacionales y su regulación
interna en el derecho brasileño por la Ley 2.889/56**

**Genocide: international dimensions and its internal
regulation in Brazilian law by Law 2.889/56**

**Génocide : dimensions internationales et réglementation
interne en droit brésilien par la loi 2.889/56**

Marcus Vinicius Xavier de Oliveira* 

*** Universidad Federal de Rondônia, Porto Velho, Rondonia, Brasil.**

Resumo: O presente trabalho objetiva apresentar um panorama acerca das dimensões normativas internacional e nacional do crime de genocídio, tendo como problema central tanto a discussão acerca da sua tipificação como crime internacional próprio pela Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, como aquela operada em nível interno pela Lei 2.889/1956 e os problemas de caráter político e dogmáticos que incidem sobre o ele. O método adotado foi o crítico e a metodologia de pesquisa foi a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Penal Internacional, Crimes Internacionais Próprios, Genocídio, Direito Penal, Tipificação Interna.

Resumen: El trabajo tiene por objetivo general presentar un panorama sobre las dimensiones normativas internacional y nacional del crimen de

Correo electrónico: marcusoliveira@unir.br

Recibido: 10/02/2025. Aceptado: 19/05/2025.

Editor de sección: Maider Méndez , Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Asunción, Paraguay.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

genocidio, teniendo por problema central la discusión sobre su tipificación como un crimen internacional propio por la Convención para la Prevención e Represión al Crimen de Genocidio y aquella hecha por la Ley 2888/1956 en Brasil, como también los problemas políticos y dogmáticos inherentes a él. El método fui el crítico y la metodología la pesquisa bibliográfica.

Palabras clave: Derecho Penal Internacional, Crímenes Internacionales Propios, Genocidio, Derecho Penal, Tipificación por el Derecho Nacional.

Abstract: This study seeks to provide an overview of both the international and national legal frameworks surrounding the crime of genocide. It addresses the issue of its classification as an international crime under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, alongside its national criminalization through Law 2.889/1956. Additionally, it explores the political and doctrinal challenges associated with this classification. A critical approach was employed, utilizing bibliographic research as methodology.

Keywords: International Criminal Law. International Crimes. Genocide. Criminal Law. National Criminalization.

Abstrait: Cette étude a pour objectif de fournir un aperçu approfondi des cadres juridiques internationaux et nationaux relatifs au crime de génocide. Elle aborde la question de sa classification en tant que crime international selon la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ainsi que sa criminalisation au niveau national par la loi 2.889/1956. De plus, l'étude examine les défis politiques et doctrinaux qui en découlent. Une approche critique a été adoptée, avec une méthodologie de recherche centrée sur l'analyse bibliographique.

Mots-clés : Droit pénal international. Crimes internationaux. Génocide. Droit pénal. Criminalisation nationale.

1. NOTA INTRODUTÓRIA SOBRE A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O senso comum dos trabalhadores do Direito de países periféricos leva-os a compreender a internacionalização do Direito em geral, e a do Direito Penal em particular, pelo fenômeno noventista da globalização econômica, imediatamente ligada àquilo que se denominou de *annus mirabilis* de 1989, vale dizer, a queda do Muro de Berlim, evento paradigmático de *deficium*

da Guerra Fria decorrente do desmonte do regime soviético¹, o que teria gerado o aumento das integrações e interações econômicas entre os Estados e sociedades.

Essa, por exemplo, é uma das linhas seguidas por Silva Sanches em seu relevantíssimo *La Expansión del Derecho Penal*, que associa o surgimento de novas criminalidades e tipificações penais às complexidades suportadas pela sociedade internacional com a globalização econômica².

Não se podendo afirmar que referida compreensão seja em tudo incorreta, haja vista a efetiva expansão normativa do Direito Penal por meio dos crimes transnacionais, é possível afirmar-se, no entanto, que é parcial, uma vez que é bastante evidente, desde uma perspectiva histórica, que a “internacionalização” do Direito Penal corre *pari passu* ao surgimento do Estado e do Direito Internacional modernos com a Paz de Westfália.

A todos quantos trabalham com o tema, a expressão *hostis humani generis* não lhes é estranha. Mas quem, no contexto do início da internacionalização do Direito Penal eram considerados “inimigos da humanidade”? Os autores da pirataria em alto mar, cuja tipificação por normas internacionais consuetudinárias a partir dos séculos XV e XVI deu ao ilícito o *status* de crime internacional *par excellence*, conforme expressão empregada por M. Cherif Bassiouni³, sendo, também, considerado “[...] o fundamento da jurisdição criminal universal em relação aos crimes internacionais *jus cogens*”⁴. Em síntese: se os Códigos Penais desde o século XIX autorizam o exercício da jurisdição penal extraterritorial com fundamento na justiça cosmopolita, é porque essa previsão encontra fundamento histórico-normativo na persecução à pirataria *qua* crime internacional desde sua origem.

Com efeito, como evidenciado no *affaire* Lotus (França vs. Turquia), da Corte Permanente de Justiça Internacional, os Estados têm o direito internacional de exercer jurisdição penal sobre pessoas fora de seu território porque, de um lado, não existe uma norma proibitiva, aplicando-se, nesse sentido, o princípio geral da liberdade, também conhecido como princípio Lotus⁵, e de outro se caracterizar, historicamente, como uma forma de

1 HÄBERLE, P. O. Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional. *Direito Público*, 1(2), 2010. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1395>> Acessado em 30.jan.2011.

2 SILVA SANCHES, Jesus Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2ª ed., 2001, p. 81-112.

3 “[...] a pirataria, [é] reconhecida pelo Direito Internacional costumeiro como crime internacional *par excellence* [...]”. BASSIOUNI, M. Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law* 42, n. 81, 2001. Livre tradução.

4 BASSIOUNI, Universal jurisdiction for international crimes..., p. 15.

5 “[...] os Estados podem agir, tanto quanto não haja proibição explícita ou implícita, que obstrua ou condene a ação ou omissão. O direito internacional enseja uma série de restrições, que obrigam aos Estados da comunidade internacional”. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. História do Direito Internacional: o Caso Lótus (1927). *Revista do Mestrado em*

prevenção à impunidade, constituindo-se num verdadeiro princípio do sistema westfaliano, conforme alude José Bremer, que assim o enuncia “Em certos e especiais casos, os sujeitos do direito internacional podem pretender jurisdição sobre coisas ou pessoas fora de sua jurisdição territorial”⁶.

Que hoje *hostis humani generis* sejam genocidas, traficantes de pessoas ou os autores de crimes contra a humanidade e/ou de guerra, dentre outros crimes graves, faz-se importante a compreensão histórico-institucional do fenômeno que ora se reporta no contexto internacional, com as suas profundas transformações e viragens, em particular com relação ao crime de genocídio em suas dimensões internacional e nacional.

2. CRIMES INTERNACIONAIS. CONCEITO, ESPÉCIES E FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO

Existindo, pois, uma dimensão internacional daquilo que, muito latamente, se poderia denominar de política criminal⁷, quais seriam as principais características da internacionalização do Direito Penal? Segundo Bassiouni, são as seguintes: 1) o reconhecimento expresso ou implícito de que a conduta proscrita se constitui em um crime internacional; 2) o reconhecimento implícito de que a natureza penal desse comportamento estabelece o dever de proibir, prevenir, exercer a persecução penal e punir os autores desses fatos, ou 3) a obrigação de tipificar internamente (*criminalization*) a conduta proscrita; 4) a obrigação de exercer a persecução penal; 5) a obrigação de sancionar a conduta proscrita; 6) a obrigação de extraditar; 7) a obrigação de cooperar na persecução e punição (inclusive mediante cooperação judicial); 8) o estabelecimento dos fundamentos jurídico-internacionais para o exercício legítimo da jurisdição penal sobre crimes internacionais pelos Estados; 9) a alusão à constituição de um Tribunal Penal Internacional ou de um Tribunal Internacional com características penais; e 10) a exclusão da “*defence*” do cumprimento de ordens do superior hierárquico⁸.

Se há crimes internacionais – os quais, em sentido formal, podem ser identificados como “[...] qualquer comportamento humano a que uma norma internacional, convencional ou consuetudinária⁹, atribua, como uma consequência de sua realização, uma sanção penal”¹⁰, legitimando,

Direito da UCB, v. 3, nº. 2, 2009.

6 JOSÉ BREMER, Juan. De Westfalia a post-Westfalia: hacia un nuevo orden internacional, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 67.

7 BANTEKAS, Ilias, NASH, Susan. *International Criminal Law*, 3th ed., London: Routledge Cavendish, 2007, p. 1-2.

8 BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*, 2th edition, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 143-144.

9 BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, p. 9. Livre tradução.

10 DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Estudos sobre a jurisdição (penal) internacional: formas de implementação, expansão, fragmentação e actio popularis*. Porto Velho: EDUFRO,

outrossim, que a persecução penal possa ser exercida pelos próprios Estados, de conformidade com os seus ordenamentos jurídicos, ou por Tribunais Penais Internacionais, há bens e interesses jurídicos internacionais que são tutelados por meio de referidas normas, o que qualifica a compreensão dos crimes internacionais em uma dimensão substancial, a saber: 1) Proteção à paz e segurança internacionais; 2) Proteção a interesses humanos não associados a outros interesses internacionalmente protegidos, dentre os quais se encontram o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra etc; 3) Proteção a interesses humanos associados a outros interesses internacionalmente, e 4) Proteção de interesses sociais e culturais¹¹.

Se em sentido lato a incriminação do comportamento decorre de norma internacional *quodlibet*, a natureza do bem jurídico tutelado – se categorizável como um valor fundamental da sociedade internacional ou um interesse comum da comunidade internacional – implica na diferenciação entre crimes internacionais próprios e crimes internacionais impróprios.

Os crimes internacionais próprios – também identificados pelas expressões *core crimes*, *international crimes jus cogens*, *international crimes strictu sensu* etc -, são assim considerados por pelo menos quatro grandes fundamentos: a) lesionam ou põe em risco de lesão a valores essenciais da comunidade internacional – e.g. segurança e paz internacionais, direitos humanos face a agressões multitudinárias e sistemáticas, normas dos Direito Internacional Humanitário e a proteção de combatentes e civis em período de guerras, internacionais ou civis, pluralismo existencial do gênero humano etc -, b) são diretamente incriminados por normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias -, ensejando a responsabilidade penal direta do indivíduo perante o Direito Internacional, carecendo, portanto, que os Estado tenham tipificado os comportamentos em seus ordenamentos jurídicos para que ocorra a legítima persecução internacional, c) legitimam, como consequência desse segundo fundamento, o exercício da jurisdição penal internacional supranacional de Tribunais Penais Internacionais ou dos Estados, na forma da jurisdição penal extraterritorial na forma da jurisdição universal, e d) são praticados no contexto de uma macrocriminalidade política¹² ou de “política de Estado, e que [...] significa a conduta ilícita de agentes estatais no exercício de poderes e recursos públicos sob um disfarce legal (*under colour of Law*) para cometer condutas ilícitas (*harmful*) contra a população civil”¹³.

Os crimes internacionais próprios tipificam na facticidade histórica do Direito Penal Internacional os chamados Princípios do Direito Internacional

2020, p. 78.

11 BASSIOUNI, Introduction to International Criminal Law, p. 142-143.

12 AMBOS, Kai (2008). A parte geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática, tradução de Carlos E. A. Japiassú e Daniel A. Raizman, São Paulo: RT, 2008, p. 54-59.

13 BASSIOUNI, M. Cherif. Crimes Against Humanity: historical evolution and contemporary application, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 14-17.

Reconhecido pela Carta do Tribunal de Nuremberg e nos Julgamentos desse Tribunal¹⁴.

Logo, o tema central que envolve os crimes internacionais próprios e o Direito Internacional Geral é a ocorrência de uma sobreposição (*overlap*) entre responsabilidade penal direta do indivíduo perante o Direito Internacional e a responsabilidade do Estado pela prática daquilo que os *Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts* da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas denomina de *exceptionally serious wrongful act* em seus artigos 12-39¹⁵.

Já os crimes internacionais impróprios—também denominados de crimes internacional largo senso, crimes transnacionais, *treaty-based crimes*¹⁶—, e que conformam aquilo que se tem denominado de sistemas globais de proibição que abrange a parte mais substancial dos crimes internacionais, incrimina “[...] os crimes transnacionais, isto é, aqueles que por suas características, extensão e consequências ultrapassam fronteiras, envolvendo, portanto mais de um Estado, estejam ou não previstos em tratados e convenções bilaterais, multilaterais ou universais”¹⁷. Três são os fundamentos de suas incriminações, a saber: a) a lesão ou ameaça de lesão a um interesse comum da comunidade internacional, b) a decisão político-internacional de se tutelar este interesse por meio da incriminação internacional e c) o estabelecimento de um regime de cooperação internacional penal na prevenção e repressão aos comportamentos incriminados.

A principal distinção entre as duas modalidades é que os crimes internacionais próprios são incriminados por serem essencialmente lesivos aos valores da sociedade internacional, enquanto os crimes internacionais largo senso o são por necessidade, mormente por estarem imbricados em macrocriminalidade econômica, o mesmo que criminalidade organizada transnacional.

Contudo, a distinção não é somente importante no plano dos fundamentos, mas tem relevantes implicações na prática internacional e nas formas de exercício da jurisdição penal internacional, aqui compreendida como o modo e o conjunto de instituições que têm competência-legitimidade para o exercício da persecução criminal em todos os níveis que essa expressão conota.

14 UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 11 DEC 1946. Disponível em <http://www.un-documents.net/a1r95.htm>, acessado em 20.Fev.2012.

15 UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Drafts articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts, with commentaries 2001. Disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, acessado 20. Out. 2007.

16 AMBOS, Kai. Treatise on International Criminal Law, vol II, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 222-226.

17 JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. O Direito Penal Internacional. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020, p. 44-48.

Assim, os crimes internacionais próprios se constituem na única modalidade a ensejar a implementação direta da jurisdição penal internacional, assim compreendida como o exercício da persecução criminal por instituições criminais internacionais independentes como os Tribunais Penais Internacionais ou os Tribunais Penais Internacionais mistos, uma vez que as suas competências são estabelecidas diretamente por normas internacionais. Para Bassiouni, a implementação direta se constitui no “[...] regime aplicável às instituições judiciais internacionais que têm o poder para executar seus mandatos (*have the power of enforcing their orders*) e julgamentos sem passar pelos Estados ou qualquer outra autoridade legal”¹⁸.

Historicamente, nesse modelo foram vários os critérios de determinação internacional da jurisdição criminal direta, abrangendo desde a jurisdição

a) *exclusiva*, adotada em Nuremberg e Tóquio, já que estes tribunais tinham por competência exercer a persecução criminal em face dos “[...] major war criminals of the European Axis” (artigos 1 e 6 do Estatuto de Nuremberg) e dos “[...] major Far Eastern war criminals [...]” (artigos 1 e 5 do Estatuto de Tóquio);

b) *primazia*, adota tanto nos Julgamentos de Guerra de Nuremberg¹⁹, como nos Tribunais Penais Internacionais da Ex-Iugoslávia (artigo 9, 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia) e Ruanda (artigo 8, 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda), como também no Tribunal Especial para Serra Leoa (artigo 8, 1), Tribunal Especial para o Líbano (artigo 4, 1) e no Mecanismo Residual Internacional dos Tribunais Penais. Por esse critério, prevalece a competência internacional das Cortes Internacionais, podendo esta, a seu critério, remeter o caso para uma corte nacional;

c) *subsidiariedade* ou *complementariedade*, adotado pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, *ex vi* de seu Preâmbulo e artigos 1 e 17. Ele é subsidiário ou complementar porque as jurisdições nacionais têm a primazia para o exercício da persecução criminal, operando a jurisdição do Tribunal Penal Internacional como um soldado de reserva.

Outra forma de implementação é a indireta (*indirect enforcement*), assim denominada porque é caracterizada pelo exercício da persecução penal dos crimes internacionais próprios e impróprios pelos Estados em regime de cooperação internacional em matéria penal.

Esse regime tem como princípio fundamental (*cornerstone*) a máxima

¹⁸ BASSIOUNI, Introduction to International Criminal Law, p. 22.

¹⁹ Há que se diferenciar os diversos julgamentos havidos. Aquilo que se convencionou denominar de Julgamento de Nuremberg, fez-se, conforme dito, com fundamento no Estatuto de Nuremberg e visou os principais líderes do regime nazista, incluindo o Partido, que foi proscrito como modelo de organização criminal. Este julgamento é referido como “*Jubiley*”. Os Julgamento de Guerra de Nuremberg, por seu turno, foram efetuados pelas forças de ocupação com fundamento na Control Council Law n. 10. WERLE, Gerhardt. Principles of International Criminal Law, Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, p. 12-14.

processar ou extraditar (*aut dedere aut judicare*). Por esta máxima, os Estados têm obrigações alternativas no tocante à prevenção/repressão dos crimes internacionais. No plano preventivo, geralmente em decorrência da existência de mandados de criminalização do comportamento, os Estados devem tipificar o comportamento, bem como exercer a persecução penal dos autores de crimes internacionais, quer eles tenham sido praticados em seus territórios ou fora dele. De outro lado, caso não queiram ou não possam exercê-la, extraditar o acusado para o Estado que se julgar competente para fazê-lo ou entregá-lo para um tribunal penal internacional. Com isso, resta prevenido a ocorrência de impunidade fática²⁰.

3. A CONVENÇÃO DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO GENOCÍDIO

A Convenção de Prevenção e Repressão ao Genocídio é o primeiro tratado internacional do sistema onusiano de Direitos Humanos.

Se a Carta das Nações Unidas dá gênese ao sistema ao prever como um de seus objetivos primordiais a proteção dos Direitos Humanos em favor de todas as pessoas (princípio da universalidade), a Convenção e a Declaração Universal dos Direitos Humanos dão origem ao contínuo desenvolvimento da internacionalização dos Direitos Humanos em nível global²¹, sendo a primeira de natureza convencional, e a segunda originalmente uma resolução – *soft law* –, muito embora, desde a década de 1960, tenha adquirido progressivamente natureza consuetudinária – *hard law* –²².

Esse ponto é bastante importante, haja vista que antes da aprovação da Convenção não existia jurídico-internacionalmente o crime de genocídio. Com efeito, nos Julgamentos de Nuremberg e Tóquio, os Estatutos dos Tribunais Militares não previram o tipo genocídio, mas somente os crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade²³.

Isso decorreu do fato de os Aliados não terem acolhido a proposta que Raphaël Lenkim apresentou em seu seminal *Axis rule in occupied Europe* de 1944, o qual, no famoso capítulo IX denominou como genocídio aquilo que ele identificou como uma prática inovadora no domínio territorial germânico em relação particularmente aos judeus, mas também a outros grupos étnicos, raciais, linguísticos e religiosos, todos vitimados pelo projeto de os destruir

20 AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o Direito Penal Internacional, Revista Brasileira de Ciências Criminais a. 12, v. 49, São Paulo: RT, 2004, p. 48-88.

21 A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, antecedeu em poucos meses a Declaração Universal. Importa frisar a distinção: aquela inaugura o sistema regional de proteção aos Direitos Humanos, a Declaração e a Convenção de Genocídio, o universal.

22 HANNUM, Hurst. The status of the Universal Declaration of Human Rights in national and International Law. Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 25, n. 1, 1996, p. 287-397.

23 DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro: problemas decorrentes da interconexão entre Direito Penal Internacional e Direito Penal. Porto Alegre: Editora, Fi, p. 163-164.

política, econômica, cultural, biológica, física, religiosa e moralmente. Em suas palavras,

Novas concepções requerem novos termos. Por “genocídio” nós entendemos a destruição de uma nação ou de um grupo étnico. Esta nova palavra, cunhada pelo autor para denotar uma prática antiga em seu moderno desenvolvimento, é composta pelo termo grego antigo *genos* (raça, tribo) e pelo latim *cide* (homicídio), e que em sua formação corresponde a outras palavras como tiranicídio, homicídio, infanticídio etc. Em termos gerais, o genocídio não significa necessariamente a destruição imediata de uma nação, exceto quando seguida pelo assassinato em massa de todos os seus membros. Com ele se identifica um plano coordenado de diversas ações que têm por objetivo a destruição dos fundamentos essenciais de vida de grupos nacionais, com finalidade primordial de aniquilá-los... O genocídio é cometido diretamente contra o grupo nacional como uma unidade (entity) com as ações praticadas diretamente contra indivíduos, e não em sua existência individual (individual capacity), mas como membros do grupo nacional²⁴.

Lenkim, nesse sentido, parece concordar com a afirmação de Jean-Paul Sartre, para quem é “[...] fato que o genocídio é tão antigo como a humanidade”²⁵, distendendo, no entanto, sobre a resposta que se deveria dar em relação à amplitude do genocídio perpetrado pelos alemães em face a diversos grupos étnicos, raciais, religiosos, políticos etc, sendo uma delas a necessidade de se incriminar o genocídio *qua* genocídio por meio de um Tratado Internacional específico, tornando-o um *delicta juris gentium*²⁶.

Como indicado por Phillippe Sands, desde o momento em que os Aliados se comprometeram a levar a julgamento os autores dos crimes cometidos pelo Eixo, foram realizados diversos estudos nos EUA e no Reino Unido para a identificação dos crimes que lhes seriam imputados, devendo-se lembrar que os crimes contra a paz e dos crimes de guerra já conheciam formas de incriminação com o término da 1ª Guerra Mundial e a tentativa de levar a julgamento ao Kaiser Wilhelm II.

Nos EUA forjou-se, inicialmente, uma propensão pela incriminação na forma do genocídio; no Reino Unido na forma dos crimes contra a humanidade, em trabalho capitaneado por Hersch Lauterpacht, sendo que este último, quando concitado a se manifestar sobre a proposta norte-

24 LEMKIN, Rapahel. Axis rule in occupied Europe: Laws of occupation, analysis of government, proposal for redress. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 79. Livre tradução.

25 Apud SCHABAS, William. Genocide in International Law: the crime of the crimes, 2th edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 1.

26 LEMKIN, Axis. Op cit., p. 94.

americana, rechaçou a tipificação *qua* genocídio por entender que o tipo penal carecia de densidade normativa suficiente (aquilo que mais à frente a ciência penal chamará de princípio da taxatividade), constituindo-se, pois, numa forma de “recessão” à proteção dos direitos humanos individuais. Lauterpacht já havia publicado uma resenha à obra de Lenkim, na qual ele rechaçou a ideia de incriminação, por ter clara que a principal função da lei seria a proteção de indivíduos, não de grupos²⁷.

Em meados de 1945, a comissão norte-americana aportou em Londres para, junto às comissões inglesa, francesa e soviética, elaborarem o draft do Estatuto de Nuremberg que seria logo mais assinado em 8 de agosto, em cujo artigo 6 “[...] incluiu os crimes contra a humanidade – conforme a sugestão de Lauterpacht -, mas não o genocídio. Lenkim ficou amargamente desapontado e suspeitou que os ingleses desempenharam um papel tortuoso [nesse sentido]”²⁸.

Interessante notar que o extermínio e assassinato em massa de pessoas foi punido como forma de crime contra a humanidade, *ex vi* do artigo 6 dos Estatutos de Nuremberg e Toquio, mas não, como se tem dito, *qua* genocídio.

Pode-se afirmar que a Lenkim, no contexto de Nuremberg, tenha tido aquilo que se pode denominar de uma vitória de Pirro, uma vez que a palavra genocídio foi empregada uma única vez por ocasião do indiciamento dos acusados perante o Tribunal Militar preparada pela equipe do Procurador Robert H. Jackson, nada obstante a conhecida objeção inglesa, no qual o conceito foi usado como modalidade de crime de guerra na forma de tratamento cruel e/ou homicídio de civis nos territórios ocupados, entendido como “genocídio intencional [deliberate] e sistemático”²⁹.

O genocídio aparece novamente em cena no contexto do Direito Internacional no início de 1947, quando o Secretário-geral das Nações Unidas, cumprindo o determinado na Resolução 96 (I) da Assembleia Geral no qual se declarou que ele se constituía em “*crime under International Law*”, razão pela qual competiria ao Conselho Econômico e Social elaborar um *draft* de Convenção Internacional com essa finalidade, sugerindo que o trabalho fosse realizado por comissão *ad hoc* da Divisão de Direitos Humanos. Essa última consultou a três especialistas para a elaboração do projeto de resolução – Lemkim, Henri Donnedieu de Vabres (que havia sido o juiz francês em Nuremberg) e Vespasian V. Pella (professor de Direito Penal de naturalidade romena e presidente da Associação Internacional de Direito Penal).

O resultado foi um projeto de Convenção com 24 artigos em que, além de definir o genocídio como o comportamento caracterizado pela intenção de destruir um determinado grupo de pessoas, constituindo-se, por isso, em um crime contra o *jus gentium*, minudenciando o sujeito passivo pelas categorias

27 SANDS, Phillippe. East West Street: on the origins of “genocide” and “crimes against humanity. New York: Alfred A. Knope, 2016, p. 157-158.

28 *Ibid.*, p. 255.

29 *Ibid.*, p. 258.

de raça, nacionalidade, língua, religião e política, também previu a criação de um tribunal penal internacional de natureza permanente, acolhendo sugestão do Secretário-geral. Por fim, o *draft* tipificou o genocídio em três possibilidades distintas – eliminação física, biológica ou cultural -, contando a defesa enfática de Vabres e Pella em relação a este ponto por entenderem que o genocídio cultural representa uma clara extensão das outras formas, o que perfazia a necessidade de sua tipificação como forma de proteção das minorias³⁰.

Esse projeto do Secretário-geral, que vinha acompanhado de comentários dos seus autores, foi submetido ao Conselho Econômico e Social na sessão de julho-agosto de 1947. Tendo os Estados-partes da ONU sido convocados para apresentarem seus comentários ao projeto, fizeram-no de forma bastante esparsa e, em muitos sentidos, contrária à proposta.

Por resolução da Assembleia-Geral, o Conselho Econômico e Social nomeou, no ano de 1948, uma Comissão *ad hoc* para trabalhar em uma nova proposta de resolução, colhendo as propostas e críticas dos Estados. A comissão, composta por representantes da China, França, Líbano, Polónia, União Soviética, Estados Unidos e Venezuela, reuniu-se por volta de 20 ocasiões entre os meses de abril e maio de 1948, apresentado, ao final dos trabalhos, memorando conjunto indicando a existência de um sério dissenso não somente em relação ao *draft* do Secretário-geral, mas também entre eles, bem como a dificuldade em se diferenciar o genocídio dos crimes contra a humanidade. O dissenso abrangia desde o escopo protetivo do crime de genocídio – e.g., a exclusão da categoria grupo político pela União Soviética ou do genocídio cultural pela França e os EUA; por sua vez, a China defendia a manutenção do genocídio cultural, a jurisdição universal para a persecução do crime e o estabelecimento de uma Corte Internacional permanente; manifestou-se também dúvidas sobre a relação do genocídio com os crimes contra a humanidade.

Nas sessões presenciais do Comitê *ad hoc* ocorreu algo bastante interessante: o projeto do Secretário-geral não foi apreciado em momento algum, mas somente as propostas apresentadas pelos EUA, pela União Soviética, denominada “Princípios básicos para a Convenção de Genocídio”, e pela China. Apesar de ter ocorrido um acordo mínimo na formulação da proposta, o Comitê manifestou a dificuldade encontrada para compatibilizá-la com o Princípio de Nuremberg recém-aprovados pela Assembleia-geral, pelo que o projeto foi encaminhado para apreciação da Comissão de Direito Internacional³¹.

Os desacordos manifestados por ocasião do Comitê *ad hoc* persistiram até a ocorrência da 3ª Sessão da Assembleia-geral no Palais de Chaillot em Paris em dezembro de 1948, na qual, além da discussão acerca da proposta

30 SCHABAS William. *Genocide in International Law...*, Op. cit. p. 59-61.

31 *Íbid.*, p. 61-73.

de convenção sobre o genocídio, também se fez – e se aprovou a 10 de dezembro de 1948 – a Declaração Universal de Direitos Humanos³².

A 9 de dezembro, a Assembleia-geral discutiu a proposta de Convenção para a Repressão e Prevenção do Crimes de Genocídio preparada pelo Comitê *ad hoc* e aprovado por ocasião da Sexta Comissão do Conselho Econômico e Social entre setembro e dezembro de 1948, composta por representantes da Austrália, Bélgica, Brasil, China, Irã, Egito, Polónia, URSS, EUA, China, Reino Unido, dentre outros, redundando em sua aprovação por meio da Resolução 260 (III) pelo voto unânime dos Estados-parte³³.

A estrutura da Convenção é conhecida, pelo que se adotará uma descrição sumária de seu conteúdo.

Artigo I - As partes - contratantes confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, o qual elas se comprometem a prevenir e a punir.

O artigo I declara o reconhecimento da sociedade internacional de que o crime de genocídio é um *crime under International Law*, vale dizer, um crime internacional próprio, pelo qual todos os Estados têm a obrigação objetiva de prevenção e repressão, tenha ele sido cometido em tempos de guerra ou de paz, conforme proposta de emenda apresentada pelo Reino Unido³⁴.

Artigo II - 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 : assassinato de membros do grupo; dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; transferência forçada de menores do grupo para outro.

O artigo II – “the heart of the Convention”³⁵ – define o que seja o genocídio, bem como todas as suas modalidades de realização. Textualmente, o genocídio consiste no cometimento

qualquer um dos seguintes atos cometidos com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso,

32 *Ibíd.*, p. 77.

33 *Ibíd.*, p. 79-80.

34 *Ibíd.*, p. 81.

35 *Idem*.

como tal: (a) Matar membros do grupo; (b) Causar sérios danos físicos ou mentais a membros do grupo; (c) Infligir deliberadamente ao grupo condições de vida calculadas para provocar sua destruição física, total ou parcial; (d) Impor medidas destinadas a prevenir nascimentos dentro do grupo; (e) Transferir crianças do grupo à força para outro grupo.

Trata-se, como se pode observar, de crime comissivo e doloso caracterizado pelo especial fim de agir de “destruir, no todo ou em parte”, a um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal, abrangendo, desta forma, o extermínio físico (homicídio) e/ou biológico nas modalidades das alíneas b a e. Claramente se observa que o genocídio pode ser praticado por diversas modalidades de crimes, não se circunscrevendo somente ao homicídio. Em síntese, é um crime de ação múltipla ou conteúdo variado.

Por emenda proposta pela URSS a expressão constante no *draft* “grupos políticos” foi substituída pela de “grupos étnicos”, tendo sido aprovada. Além disso, não foi acolhido, por sugestão do Sexto Comitê, da forma genocídio cultural em razão da dificuldade em se definir, com clareza e objetividade, a sua tipificação³⁶.

Artigo III - Serão punidos os seguintes atos: o genocídio; o conluio para cometer o genocídio; a incitação direta e pública a cometer o genocídio; a tentativa de genocídio; a cumplicidade no genocídio.

O artigo III tipifica as formas de participação no cometimento do crime de genocídio, assim vazado: a) Genocídio; b) Conspiração para cometer genocídio; c) Incitação direta e pública para cometer genocídio; d) Tentativa de cometer genocídio; e) Cumplicidade no genocídio.

Em síntese são punidos o genocídio na sua forma consumada (a) ou tentada (d), a incitação pública e direta para o cometimento do genocídio (c) e, na forma da modalidade de concurso de agentes, a conspiração e a cumplicidade (b e e).

A conspiração é uma figura do direito penal anglo-saxão que não encontra perfeita adequação no Direito Penal de matriz romano-germânica, conforme apontado por Japiassu, significando “[...] um acordo de vontades para um plano preconcebido. Seria uma figura assemelhada à participação em hipóteses de concursos de pessoas, em que depende da existência de crime efetivamente praticado para se configurar”³⁷.

Já a cumplicidade identifica a figura da participação, entendida como toda ação de cooperação no planejamento e execução do crime.

36 *Ibíd.*, p. 82.

37 JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 53-54.

Artigo IV - As pessoas que tiverem cometido o genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados do artigo III serão, sejam governantes, funcionários ou particulares.

O artigo IV da Convenção afasta a *defence*³⁸ da condição de oficial superior – governantes, servidores civis e/ou militares e particulares -, afastando-se, com isso, a alegação de que tais condições político-jurídicas imunizariam esses indivíduos da responsabilidade penal pelo cometimento do genocídio em todas as suas formas. Além disso, por definir a responsabilidade do oficial superior como regra é que Reino Unido e França sustentaram a necessidade de criação de um Tribunal Penal Internacional como “a função essencial da convenção de genocídio”³⁹.

No entanto, é importante lembrar que o primeiro Chefe de Estado condenado pelo cometimento de crimes internacionais próprio foi o Charles Taylor, da Libéria. Com efeito, o Tribunal Especial para Serra Leoa⁴⁰, tendo sido constituído para apurar a responsabilidade dos graves crimes internacionais que ocorreram durante a guerra civil em Serra Leoa desde 1996, indiciou o então Presidente da Libéria Charles Taylor por seu envolvimento nos conflitos havidos naquele país, acusando-o da prática de crimes de guerra, sobrevivendo, pois, a sua condenação à pena de 50 anos⁴¹, confirmado, depois, pela Câmara de Apelações⁴².

Artigo V - As Partes - contratantes assumem o compromisso de tomar,

38 Faz-se essa nota para entendimento do que se afirma nesse parágrafo: é “[...] importante frisar que os crimes internacionais – e o Direito Penal Internacional em geral – é fortemente influenciado pela *Common Law*, tanto no aspecto relativo à estrutura do crime, como na forma de sua conformação – mormente através da jurisprudência internacional – e interpretação jurisprudencial e doutrinária, já que ainda não se logrou a codificação do Direito Penal Internacional, sendo o ETPI o documento internacional que mais se assemelharia, em sua estrutura, a este projeto internacional [...]”. DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. Dos crimes interacionais: o fato punível no Direito Penal Internacional. Uma análise a partir dos crimes contra a humanidade, in Estudos e interlocações em Direito Internacional, Filosofia Política e literatura. São Carlos: De Castro, 2022, p. 76-94.

39 SCHABAS, Genocide in International Law....., Op cit.p. 83.

40 O Tribunal Especial para Serra Leoa, por intermédio do Agreement between the United Nations and the Government of Sierre Leone on the stablishment of a Residual Special Court of Sierra Leone, foi substituído pelo Tribunal Residual Especial para Serra Leoa, que deu prosseguimento nas funções jurisdicionais da corte primeva. RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. *Agreement between the United Nations and the Government of Sierre Leone on the stablishment of a Residual Special Court of Sierra Leone*, disponível em <http://www.rscsl.org/Documents/RSCSL%20Agreement%20and%20Statute.pdf>, acessado em 20.mai. 2015.

41 RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. Trial Chamber II. *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 30 May 2012, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/1285/SCSL-03-01-T-1285.pdf>, acessado em 20. Jun. 2013.

42 RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. Appeals Chamber. *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 26 September 2013, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1389/SCSL-03-01-A-1389.pdf>, acessado em 20.fev. 2014.

de acordo com as respectivas Constituições, as medias legislativas necessárias a assegurar a aplicação das disposições da presente Convenção e, sobretudo, a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III.

O artigo V regulamenta uma espécie indireta de mandado de criminalização do comportamento pelos Estados, na medida em que determina em que eles devem “[...] tomar, de acordo com as respectivas Constituições, as medias legislativas necessárias a assegurar a aplicação das disposições da presente Convenção e, sobretudo, a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III”.

Embora, como também já visto, os processos normogénéticos de criação de normas do Direito Penal no contexto internacional estejam marcados por uma política criminal “aleatória e incoerente”, daquelas 10 características comuns apresentadas, três são relevantes para a compreensão desse tópico: a) o reconhecimento expresso ou implícito de que a conduta proscriba constitui-se em um crime internacional; b) o reconhecimento implícito de que a natureza penal desse comportamento estabelece o dever de proibir, prevenir, exercer a persecução penal e punir os autores desses fatos, e c) a obrigação de tipificar internamente (*criminalization*) a conduta proscriba.

A primeira característica diz respeito ao conceito formal de crime internacional – próprios e impróprios -, isto é, todo comportamento humano a que uma norma internacional qualifica como ilícito de carácter penal⁴³. A segunda característica alude à criação de obrigações internacionais que estabelecem elementos comuns para a prevenção geral e especial em nível nacional, mas também a cooperação internacional em matéria penal entre os Estados a partir da regra *aut dedere aut judicare*. Já a terceira característica atine à possibilidade de que a fonte internacional estabeleça um mandado internacional de criminalização de comportamento.

Pois bem, há de se entender por mandado internacional de criminalização os dispositivos expressos (mandado de criminalização direto) ou implícitos (mandado de criminalização indireto) contidos em um tratado internacional e que criam para o Estado a obrigação internacional de exercer sua jurisdição prescritiva (*prescriptive jurisdiction*), de forma que o comportamento internacionalmente proibido seja tipificado no ordenamento jurídico nacional segundo os seus princípios constitucionais, caso seja atípico.

O caso do genocídio é um exemplo claríssimo de mandado internacional de criminalização implícito, conforme se pode aferir o conteúdo do artigo 5º da Convenção.

43 DE OLIVEIRA, Estudos sobre a jurisdição (penal) internacional..., p. 78.

Conforme afirma Schabas,

[O] Genocídio pode ser processado por tribunais internacionais ou nacionais. A preferência do direito internacional [em relação a esta] última pode ser visto na decisão dos redatores da Convenção ao estabelecer a obrigação de reprimir o genocídio sem, ao mesmo tempo, criar uma jurisdição internacional, embora tal possibilidade tenha sido certamente contemplada e, na verdade, esperada em algum momento no futuro. [...] [O] Artigo V da Convenção sobre Genocídio exige que os Estados implementem suas obrigações no direito interno, especificamente, exercendo o julgamento e [a] punição dos responsáveis pelo crime. [...]⁴⁴.

Assim, embora Raphael Lemkin tenha defendido a constitucionalização e a internalização em normas penais da proibição do crime de genocídio, o que havia sido, inclusive, acatado pelos redatores do primeiro anteprojeto, referida obrigação internacional, quando posta em discussão entre os Estados, foi rechaçada pelos EUA sob a alegação de que, devido a seu sistema federativo, o mandado de criminalização criaria dificuldades para ser cumprido, pelo que propôs uma regulação internacional de caráter mais dúctil. Já a URSS propôs que a redação explicitasse de forma pormenorizada as formas de cumprimento da obrigação pactuada⁴⁵. Ao final das rodadas de discussão e negociação, a proposta estadunidense prevaleceu, pois, conforme Schabas, a necessidade de um mandado internacional de criminalização expresso seria supérflua em razão das especificidades do crime de genocídio, bastando a sua formalização de forma implícita, e que segundo o relator especial do projeto da convenção – Nicodème Rughashyankiko, “[...] era compatível com a prática já estabelecida para convenções em matéria de Direito Penal”⁴⁶.

A questão central, portanto, é a seguinte: seria possível exercer-se a persecução penal do crime de genocídio em nível interno sem que se procedesse à sua tipificação autônoma, em especial no tocante à definição do bem jurídico tutelado?

Este questionamento é importante porque, no contexto brasileiro, a discussão sobre a matéria opôs, em polos distintos, dois grandes penalistas ativos na década de 1960.

O texto, como se verifica, não determina expressamente a incriminação do comportamento *qua* genocídio, mas de prevenção e persecução criminal como forma de se impedir a impunidade fática dos autores do crime, podendo se dar, inclusive, por meio da tipificação interna do comportamento.

44 SCHABAS. Op.cit., p. 400-401.

45 *Ibid.*, p. 401-402.

46 *Ibid.*, p. 403.

Artigo VI - As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes - contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição.

Artigo VII - O genocídio e os outros atos enumerados no artigo III não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição.

As Partes - contratantes se comprometem, em tal caso, a conceder a extradição de acordo com sua legislação e com os tratados em vigor.

Já o artigo VI estabelece o princípio *aut dedere aut judicare* na forma da obrigação internacional alternativa que se impõe aos Estados: julgar ou entregar e/ou extraditar os autores para serem julgados por outro Estado que se declarem competentes para fazê-lo ou o Tribunal Penal Internacional. Por seu turno, o artigo VII proíbe que se atribua ao genocídio o estatuto de crime político, com o qual se vedaria a possibilidade da extradição.

Como já discorrido em linhas acima, pela regra *aut dedere aut judicare*, o Estado territorialmente competente tem o dever jurídico-internacional de exercer a persecução penal ou, não o querendo ou não o podendo, extraditar o acusado para o Estado que se declare competente.

Assim, subsidiariedade e concorrência, longe de serem conceitos que se excluem na forma de uma díade ou/ou, se complementam na forma do e/ou da regra *aut dedere aut iudicare*. De fato, tanto uma como a outra excluem, de um lado, que os demais Estados intervenham em assuntos de jurisdição interna, constituindo-se em duas possibilidades de regulação nacional pelos Estados no tema em questão.

O Direito Penal Internacional, por ser o Direito Penal da sociedade internacional⁴⁷, exige, como condição de concretização de suas finalidades preventivas, a atuação dos Estados em regime cooperativo.

Artigo VIII - Qualquer Parte - contratante pode recorrer aos órgãos competentes das Nações Unidas, a fim de que estes tomem, de acordo com a Carta das Nações Unidas, as medidas que julguem necessárias para a prevenção e a repressão dos atos de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III.

Pelo artigo VIII qualquer Estado poderá provocar a ação das Nações Unidas para prevenir ou reprimir atos de genocídio que estejam ocorrendo, não abrangendo referida faculdade somente aos Estados-membro da ONU.

Artigo IX - As controvérsias entre as Partes - contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, bem

⁴⁷ BARBOZA, Julio. *International Criminal Law. RCADI*, vol. 287, 1999, p. 24-26.

como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo III, serão submetidos à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia.

Por fim, o artigo IX estabelece a jurisdição da Corte Internacional de Justiça para resolver qualquer dissenso entre os Estados-parte em relação à Convenção.

Sobre este último tópico, foram várias as causas levadas à Corte Internacional de Justiça com relação à Convenção, sendo o primeiro deles o já comentado *Parecer Consultivo sobre Reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio*, 1951 e os casos contenciosos já julgados pela Corte *Aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio* (Bósnia-Herzegovina v. Motenegro), de 2007 e *Aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio* (Croácia v. Sérvia), de 2015, encontrando-se atualmente pendente de julgamento os casos *Aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio* (Gambia v. Mianmar), de 2019, *Alegação da Prática de Genocídio conforme a Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio* (Ucrânia v. Federação Russa - e que conta com a intervenção de 32 Estados na condição de *amici curiae* desde que proposta em 2022 -, *Aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio na Faixa de Gaza* (África do Sul v. Israel), *Acusação de Descumprimento de determinadas obrigações internacionais com relação ao Território Palestino ocupado* (Nicarágua v. Alemanha) e *Aplicação da Convenção de Prevenção e Repressão do crime de Genocídio no Sudão* (Sudão v. Emirados Árabes Unidos).

É importante considerar, nesse sentido, que a existência de tantas demandas perante a Corte Internacional de Justiça acerca da aplicação da Convenção se constitui numa comprovação da legítima e necessária preocupação internacional em relação ao efetivo cumprimento das obrigações internacionais relacionadas à prevenção e persecução criminal dos autores de genocídio.

4. A INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO PELA LEI 2889/56

A ratificação pelo Brasil da Convenção sobre Genocídio se deu através do Decreto 30.822, de 06 de maio de 1952, tendo sido tipificado no ordenamento nacional através da Lei 2.886, de 01 de outubro de 1956, cujo projeto de lei fora proposto pelo Deputado Federal Adroaldo Costa em 1951, logo após a aprovação congressual da convenção pelo Decreto Legislativo n. 02/49.

A Lei do Genocídio, conforme as lições de Fragoso, é extremamente defeituosa sob a perspectiva da técnica legislativa, já que opera a cominação sancionatória de forma mediata, isto é, “[...] reproduz, em seu art. 1º, as

cinco hipóteses de ação delituosa prevista no art. 2º da convenção. Contudo, ao invés de cominar penas determinadas, remete às penas atribuídas aos tipos penais já previsto no Código Penal, como seja, as penas previstas nos arts. 121, §2º, 129, §2º, 270, 125 e 148 do CP⁴⁸.

Esse é o texto da Lei:

Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;

Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;

Com as penas do art. 270, no caso da letra c;

Com as penas do art. 125, no caso da letra d;

Com as penas do art. 148, no caso da letra e;

Art. 2º Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior:

Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos.

Art. 3º Incitar, direta e publicamente alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1º:

Pena: Metade das penas ali cominadas.

§ 1º A pena pelo crime de incitação será a mesma de crime incitado, se este se consumar.

§ 2º A pena será aumentada de 1/3 (um terço), quando a incitação for cometida pela imprensa.

Art. 4º A pena será agravada de 1/3 (um terço), no caso dos arts. 1º, 2º e 3º, quando cometido o crime por governante ou funcionário público.

Art. 5º Será punida com 2/3 (dois terços) das respectivas penas a tentativa dos crimes definidos nesta lei.

Art. 6º Os crimes de que trata esta lei não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição.

Pois bem. Fragoso, além de criticar a forma mediata de cominação do preceito sancionador aos comportamentos tipificados como modalidades

48 FRAGOSO, Heleno Cláudio. "Genocídio". *Revista de Direito Penal* n. 09/10, Rio de Janeiro/São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 30.

de consumação do genocídio, também o faz com a possibilidade de tipificá-lo, no tangente ao bem jurídico tutelado, como espécie de crime contra a pessoa, na medida em que todas

[...] as ações que configuram o crime de genocídio não se dirigem, em primeira linha, contra a vida do indivíduo, mas sim contra grupos de pessoas, na sua totalidade. Como bem jurídico tutelado surge, portanto, a vida em comum dos grupos de homens, na comunidade dos povos, em primeiro plano. Como diz MAURACH, § 48, II A, o bem jurídico tutelado no crime de genocídio reside em ideais humanitários: o entendimento de que todos os povos e grupos de pessoas, não obstante suas diferenças, têm pretensão ao reconhecimento de sua dignidade humana e existência⁴⁹.

A crítica formulada por Fragoso teve sua razão de ser não por conta da Lei 2.886, mas do anteprojeto de Código Penal formulado por Nelson Hungria, a quem fora incumbido dito mister em 1961⁵⁰. Com a sua publicação em 1963, iniciou-se ampla discussão, tendo Fragoso sido nomeado pela Seccional da OAB do então Estado da Guanabara para formular parecer em nome da instituição, e depois, em diversas circunstâncias particularmente desafortunadas para o Direito Penal brasileiro, em especial o Golpe Militar de 1964 e a perseguição criminosa e sangrenta de dissidências sob o apotegma da segurança nacional, circunstância em que ele foi um dos mais destacados advogados de presos políticos, como membro da Comissão de elaboração daquilo que viria a ser o Código Penal de 1969.

Nesse contexto, Fragoso aponta o equívoco presente no anteprojeto, que ao regular o crime de genocídio, fê-lo alocando-o como espécie de crimes contra a pessoa, pelo que ele asseverou, com muita propriedade, que a

[...] inclusão do genocídio entre os crimes contra a pessoa constitui, a nosso ver, um dos equívocos mais graves, e, também mais evidentes, do anteprojeto. Desde que a designação foi inventada, desde logo com grande sucesso, por LEMKIN, serviu para designar vários atos dirigidos intencionalmente à destruição de um grupo humano. Isso está dito no próprio art. 2º da convenção de 9 de dezembro de 1948 [...] O que caracteriza o genocídio, precisamente, é sua projeção no campo internacional e sua transcendência ao simples quadro do homicídio, como crime contra a pessoa. Nesse sentido é unânime a opinião dos autores.

Dentro de um Código penal, a única possível classificação desses crimes,

49 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Subsídios para a História do Novo Código Penal, Revista de Direito Penal n. 3, Rio de Janeiro: Borsoi, jul/set 1971, p. 31-32.

50 DOTTI, René Ariel. Os Caminhos da Reforma e o Direito a Constituir. *Revista de Informação Legislativa*, a. 15, n. 59 jul/set, Brasília, 1978, p. 7-12.

seria num título especial, à semelhança do que faz o Código Iugoslavo, que os inclui sob a rubrica *Ações puníveis contra a humanidade e o direito das gentes* (art. 124). O projeto alemão de 1960 seguiu também esse critério, classificando o genocídio num título especial: *Straftaten gegen die Voelkergemeinschaft*⁵¹.

Apesar de todas as críticas levantadas pela doutrina especializada ao referido anteprojeto, com o golpe civil-militar de 1964 iniciou-se, conforme indicado por Dotti, um açodamento e urgência incompatíveis com a elaboração de um Código Penal, pelo que, e apesar disso e de todos os défices técnicos do anteprojeto Hungria, foi promulgado através do Decreto-Lei 1.004, de 21 de outubro de 1969, editado pela Junta Militar que assomou ao poder logo após a morte do General Costa e Silva.

Este dado é importante porque, conforme se pode verificar do disposto no artigo 131 do Código Penal de 1969, o crime de genocídio, apesar de sua especificidade e das críticas irresponsáveis de Fragoso, foi tipificado como espécie de crime contra a pessoa, e não tivesse essa norma tido a sua entrada em vigor adiada de forma reiterada até a sua efetiva revogação pela Lei 6.578/78, teria o Brasil dado novamente um tratamento claramente incompatível em nível interno a referido delito como, de resto, ocorre com o Código Penal Militar, em que o genocídio está tipificado no capítulo dos crimes contra pessoa tanto nos crimes militares em tempo de paz como em tempo de guerra (artigos 208 e 401, respectivamente). Inclusive, na forma de crime militar em tempo de guerra, comina-se para o genocídio, alternativamente, ou a pena de reclusão de 30 anos ou a pena de morte, se em grau máximo (artigo 81, §2º c/c segunda parte do artigo 401), que no caso brasileiro se dá por meio do fuzilamento (artigo 56).

Outro exemplo de incriminação do genocídio no direito brasileiro é a previsão no 17 da Lei de Planejamento Familiar, que pune a instigação ou o induzimento da esterilização cirúrgica forçada contra membros de coletividades.

O texto normativo é o seguinte:

Art. 17. Induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica.

Pena, reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único. Se o crime for cometido contra a coletividade, caracteriza-se como genocídio, aplicando-se o disposto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Assim, e tomando uma posição clara pela tese de Fragoso, é bastante

51 FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Reforma da Legislação III. Disponível em: < http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002200643-a_reforma_legislacao_penal_3.pdf>, acessado em 15.jan. 2021, 15 p.

claro que o bem jurídico tutelado pelo genocídio não é a vida da pessoa humana, mesmo porque, conforme visto acima, se trata de um crime de ação múltipla ou variada – homicídio, lesão corporal, incitação ao crime, contra a autonomia parental e planejamento familiar etc -, pois a conduta é destinada, especificamente, à intenção de destruir, no todo ou em parte, os membros de um grupo enquanto tal. Não se tutela a pessoa, mas o grupo.

Para o então Min. Cezar Peluso do Supremo Tribunal Federal,

O objeto jurídico tutelado imediatamente pelo crime de genocídio há de ser [...] a existência do grupo nacional, étnico, racial ou religioso. A lesão à vida, à integridade física, à liberdade de locomoção etc, são apenas meios de ataque ao bem jurídico tutelado [...] que não se confunde com os bens primários também lesados por essas ações instrumentais⁵².

Não se constitui, pois, num crime contra a pessoa, mas contra a humanidade enquanto tal por violar a sua pluralidade existencial e cultural, em particular de minorias, e que por isso devem ser objeto de especial tutela penal. Assim, a internacionalização do Direito Penal implica na determinação do bem jurídico tutelado pela norma penal nacional.

Em se tratando de genocídio contra indígenas, dada a tutela constitucional derivada do artigo 231 c/c artigo 109 da Constituição Federal de 1988, a competência sempre será da Justiça Federal, e não da Estadual conforme precedente do Supremo Tribunal Federal:

COMPETÊNCIA - GENOCÍDIO - INDÍGENAS. A competência para julgar a ação penal em que imputada a figura do genocídio, praticado contra indígenas na disputa de terras, e da Justiça Federal. Na norma definidora da competência desta para demanda em que envolvidos direitos indígenas, inclui-se a hipótese concernente ao direito maior, ou seja, a própria vida⁵³.

Ademais, em consequência do fato de o bem jurídico tutelado não ser a vida, a competência penal não é do Tribunal do Júri, uma vez que no direito brasileiro ele a tem exclusiva para julgar os crimes dolosos contra a vida.

O Tribunal do Júri somente será competente se ocorrer, no caso concreto, o concurso formal ou material do genocídio com crime doloso contra a vida, devendo ficar evidenciado a ocorrência de desígnios autônomos entre os crimes perpetrados⁵⁴.

52 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 351487, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2006, DJ 10-11-2006.

53 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 179485, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 06/12/1994, DJ 10-11-1995.

54 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 351487.

Por fim, existem alguns casos importantes em que ocorreu a aplicação da Lei de genocídio no Brasil.

O primeiro foi o caso “Manoel Lucindo da Silva”, julgado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Guajará-Mirim, Estado de Rondônia, envolvendo o genocídio perpetrado contra os Oro Win, um dos casos mais invisibilizados de genocídio indígena ocorrido no Brasil.

Conforme o relato apresentado pelo Instituto Sociambiental sobre os Oro Win, em particular sobre os fatos havidos, o

[...] último massacre contra os Oro Win foi em agosto de 1963, organizado pelo então seringalista Manoel Lucindo da Silva, que fora denunciado em 1978 e condenado em 1994 pelo Tribunal do Júri Popular a 15 anos de prisão pelo crime de genocídio. Entretanto, o Lucindo, por razão de sua idade avançada, cumpriu prisão domiciliar em sua residência. Nos autos do Processo Crime de no 6.362/78, destaca-se dois depoimentos sobre o genocídio: 1) Maria Pi’ Nowa (Mixem Toc) Oro Win “relata que se encontrava no mato recolhendo milho quando escutou os tiros. Assustada retornou para a aldeia e quando lá chegou encontrou vários índios feridos e que, nessa ocasião, o Sr. Manoel apontou para ela uma arma. Logo o Sr. Manoel mandou que os índios feridos sentassem no chão. Quando ouviu vários tiros e soube então que haviam matado 04 crianças e 02 velhas. Após os tiros foi levada para o seringal do Sr. Manoel Lucindo, onde ficou alguns dias e porque apanhava muito fugiu. Que na maloca da sua tribo havia apenas uma casa grande e que foi queimada pelo Sr. Manoel. Relata que a sua mãe havia morrido em um tiroteio de seringalistas no rio Cautário há algum tempo. Disse também que teve conhecimento que o Sr. Manoel tomou a mulher de seu pai e manteve relação com ela até que ficou grávida e depois veio a falecer, não sabendo o motivo de sua morte. Que depois disso o Sr. Manoel chamou ela, Mixem Toc Oro Win, para morar com ele e que a depoente negou, dizendo que já tinha marido”; 2) Maria Piwan (Piunã) Oro Win “conta Piunã que se encontrava na tribo juntamente com seu pai, quando ouviram vários tiros. Correram para a mata e que tais fatos ocorreram cedo do dia. Quando ela e seu pai retornaram no final da tarde para a aldeia, encontraram crianças mortas, uma moça e mais três adultas. Que seu pai cavou um buraco e enterrou os 07 corpos. Após, ela e o pai fugiram”.

Calcula-se, a partir dos relatos dos sobreviventes, que, de um grupo de 52 indivíduos, foram mortos 31 Oro Win. A mãe de Pi’ Nowa e Piwan, chamada de Saji, era esposa de Ti’omi. Saji fora morta grávida, amarrada em uma árvore com o ventre aberto com facão, no massacre do rio Cautário. A segunda esposa de Ti’omi foi roubada pelo seringalista Manoel Lucindo, e posteriormente envenenada. Após o massacre de 1963, Ti’omi, único homem adulto sobrevivente, conduziu seu grupo

pela mata, contudo, sem tempo para as roças e para construir as malocas, viviam perambulando, ora fugindo dos seringueiros, ora dos Uru-eu-wau-wau [...] ⁵⁵.

Vê-se no caso relatado que existiu um dissenso importante entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da competência do juízo singular para julgar genocídio e a competência atribuída pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia para a Vara do Tribunal do Júri na cidade de Guajará-Mirim. Essa flagrante contradição deveria ter sido solucionada pela declaração de nulidade do julgamento em grau de recurso, o que não ocorreu pelo fato dele não ter sido interposto.

Outro caso importante foi o Massacre dos Índios Tikuna ou Massacre do Capacete, ocorrido no Estado do Amazonas.

Em 1988, a Funai informou a conclusão da demarcação da terra indígena, tendo ordenado a desintrusão da área. Os ocupantes se recusaram a sair e passaram a ameaçar a integridade física dos indígenas. Estes, em resposta, marcaram uma assembleia para 28 de março.

Nesse dia, no transcurso da reunião, 14 homens armados e com as faces cobertas, invadiram a área desferindo tiros com os indígenas reunidos, provocando a morte e o ferimento de 14 e 23 indígenas, respectivamente. Entre os mortos, cinco crianças.

O Massacre do Capacete foi perpetrado a mando de Oscar Castelo Branco, madeireiro que atuava na região. Inicialmente tratado como homicídio pelo Ministério Público Federal, foi reclassificado para genocídio.

Em âmbito recursal, o Tribunal Regional da 1ª Região assim julgou o tema:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE GENOCÍDIO. COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR. PROVA DA AUTORIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AGENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. APELAÇÃO: EFEITO EXTENSIVO. 1. O crime de genocídio, tipificado na Lei nº 2.889, de 1º/10/1956, não tem como bem jurídico tutelado a vida, considerada em si mesma, em ordem a atrair a competência do Tribunal do Júri (CF - art. 5º, inciso XXXVIII), e sim uma etnia, a vida de grupos humanos raciais, religiosos ou nacionais, configurando-se como um crime contra a humanidade, devendo ser julgado pelo juiz singular. Precedente do STJ (Recurso Especial nº 222.653 - RR - DJ 30/10/00). 2. "O genocídio é uma negação ao direito à existência de grupos humanos inteiros, enquanto que o homicídio é a negação do direito à vida de um indivíduo" (Assembléia Geral da ONU - 1946). 3. Tendo a sentença, concreta e objetivamente, demonstrado, pela análise da prova dos autos, a participação dos agentes no crime - morte e

55 INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Povos Indígenas no Brasil: Oro-Win. Disponível em <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Oro_Win>, acessado em 20.Jan. 2022.

desaparecimento de indígenas e lesões corporais em membros da etnia -, é de confirmar-se a condenação, exceto quanto à pena privativa de liberdade aplicada, que, em se tratando de acusados primários e sem antecedentes, foi posta, sem a devida justificativa, em patamares muito superiores ao mínimo legal de 12 (doze) anos. 4. Não abonando a prova, por ilação lógica e objetiva, a afirmativa do julgado, de que um dos agentes contribuirá com o crime através do oferecimento de apoio logístico, propiciando aos acusados transporte (em barcos), combustível, armas e munições, é de dar-se pela absolvição (art. 386, VI - CPP). No concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos demais (art. 580 - CPP). 5. Provimento da apelação de um dos acusados, para fins de absolvição, e parcial provimento do recurso dos demais, para fins de redução de pena. Extensão do resultado aos acusados que não recorreram⁵⁶.

Um terceiro caso a ser citado ficou conhecido como “Massacre da Aldeia Haximú”, em que garimpeiros invadiram e mataram e ou lesionaram indígenas da etnia Yanomani na fronteira Brasil-Venezuela, Estado de Roraima.

Julgado por juiz federal singular da Seção Judiciária de Roraima, foi interposto Apelo Criminal ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, este se manifestou no seguinte arresto:

PENAL. PROCESSO PENAL. GENOCÍDIO E ASSOCIAÇÃO PARA O GENOCÍDIO. ARTS. 1º E 2º DA LEI 2.889/56. POVOS INDÍGENAS YANOMAMIS. ALDEIA HAXIMU. LOCALIZAÇÃO. APLICABILIDADE DA LEI BRASILEIRA. COMPETÊNCIA DO JUIZ FEDERAL SINGULAR. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. CRIME DE DANO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. LAVRA GARIMPEIRA E CONTRABANDO. QUADRILHA OU BANDO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. 1. A competência para processar e julgar acusados da prática do crime de genocídio contra etnia indígena, quando não houver denúncia também pela prática do crime de homicídio, é do juízo federal singular, e não do Tribunal do Júri Federal, porquanto o objeto jurídico tutelado nesse delito não é a vida em si mesma, mas, sim, a sobrevivência, no todo ou em parte, de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. 2. Independentemente de os fatos terem ocorrido em território brasileiro ou venezuelano, não está afastada a jurisdição da Justiça brasileira para julgar o crime de genocídio, consoante preceitua a letra d do inc. I do art. 7º do Código Penal, uma vez que os acusados são brasileiros e domiciliados no

56 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Criminal 0040339-02.2001.4.01.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TERCEIRA TURMA, DJ 10/12/2004 PAG 06.

Brasil. Trata-se de caso especial de extraterritorialidade incondicionada pelo princípio da justiça universal. Há aplicação da lei brasileira ainda que o agente seja absolvido ou condenado no estrangeiro, segundo dispõe o § 1º do art. 72 do Código Penal [...] 4. Prova testemunhal uniforme, precisa, categórica, constante dos autos, não deixa dúvidas da ocorrência dos fatos, bem como de que os acusados Pedro Erniliano Garcia, vulgo Pedro Prancheta; Eliézio Monteiro Nero, vulgo Eliezer; Juvenal Silva, vulgo Curupuru; Francisco Alves Rodrigues, vulgo Chico Ceará; e João Pereira de Moraes, vulgo João Neto; foram os autores do crime de genocídio tipificado no art. 1º, letras a, b e c da Lei 2.889/56. 5. Inexistindo prova suficiente da participação dos acusados Wilson Alves dos Santos, vulgo Neguinho, e Waldinéia Silva Almeida, conhecida por Ouriçada, deve ser mantida a sentença que os absolveu da prática de tais delitos [...] 7. A prova testemunhal confirma que os acusados praticaram o genocídio e ocultaram os cadáveres dos índios mortos na chacina, enterrando-os para que não fossem descobertos, o que caracteriza o crime de ocultação de cadáver. 8. Inexistindo prova dos crimes de associação para o genocídio, de lavra garimpeira, de contrabando e de formação de quadrilha ou bando, deve ser mantida a sentença na parte em que absolveu os acusados da prática de tais delitos [...] 10. Não sendo conhecido o recurso de alguns dos acusados, estende-se a estes os efeitos benéficos da apelação conhecida, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal⁵⁷.

Inconformados, recorreram via Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça e via Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Nesta última instância, o recurso foi relatado pelo Ministro César Peluso, o qual, tendo-o desacolhido, manifestou o julgamento na seguinte ementa:

EMENTAS: 1. CRIME. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidade executórias. Inteligência do art. 1º da Lei nº 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do

57 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Criminal 0015050-09.1997.4.01.0000, JUIZ TOURINHO NETO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 11/09/2009 PAG 256.

grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc. 2. CONCURSO DE CRIMES. Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. Submissão teórica ao art. 70, caput, segunda parte, do Código Penal. Condenação dos réus apenas pelo delito de genocídio. Recurso exclusivo da defesa. Impossibilidade de reformatio in peius. Não podem os réus, que cometeram, em concurso formal, na execução do delito de genocídio, doze homicídios, receber a pena destes além da pena daquele, no âmbito de recurso exclusivo da defesa. 3. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Conexão. Concurso formal entre genocídio e homicídios dolosos agravados. Feito da competência da Justiça Federal. Julgamento cometido, em tese, ao tribunal do júri. Inteligência do art. 5º, XXXVIII, da CF, e art. 78, I, cc. art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. Condenação exclusiva pelo delito de genocídio, no juízo federal monocrático. Recurso exclusivo da defesa. Improvimento. Compete ao tribunal do júri da Justiça Federal julgar os delitos de genocídio e de homicídio ou homicídios dolosos que constituíram modalidade de sua execução⁵⁸.

Fato importante relacionado a esse caso relaciona-se à circunstância de que todos os acusados, à exceção do líder da empreitada criminosa, lograram impunidade fática em razão de, embora condenados, não chegaram a cumprir a pena imposta.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O GENOCÍDIO COMO CRIME INTERNACIONAL PRÓPRIO

À vista do que acima se discutiu, pode-se afirmar o que segue com relação ao crime objeto deste pequeno trabalho.

O genocídio é uma espécie de crime internacional próprio. Isto significa que sua incriminação se dá tanto de normas internacionais convencionais - Convenção de Prevenção e Repressão ao Genocídio, Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, Estatutos do Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia, Ruanda e Tribunal Penal Internacional, dentre outros -, como consuetudinárias, na medida em que Corte Internacional de Justiça no Parecer Consultivo sobre as Reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Genocídio, de 1951, reconheceu que o dever de prevenção e persecução criminal independe de o Estado ser parte da Convenção. Com efeito, é bastante conhecida a passagem

58 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 351487.

do aludido Parecer Consultivo em que a Corte inaugura, por assim dizer, o instituto das obrigações internacionais objetivas:

Os princípios nos quais ela se fundamenta são reconhecidos pelas nações civilizadas, como obrigatórios aos Estados, independentemente de serem normas de uma Convenção Internacional; ela foi concebida como uma convenção de alcance universal; sua finalidade é puramente humana e civilizadora; os contratantes não auferem nem vantagens, nem desvantagens individuais; nem interesses próprios, mas um interesse comum. De onde é permitido concluir-se que o objeto e a finalidade da Convenção implicam, tanto no que respeita à Assembleia Geral, quanto aos Estados que a adotam, a intenção de reunir o maior número possível de participação⁵⁹.

Logo, a prevenção e repressão do crime de genocídio constitui-se numa obrigação objetiva que o Estado tem para com a sociedade internacional, não encontrando-se presente algo como uma vantagem ou interesse a ser perseguido.

Materialmente, o tipo penal internacional tutela a um valor essencial da comunidade internacional, e por isso mesmo, segundo o Tribunal Penal Internacional para Ruanda no caso *Prosecutor vs. Kambanda*, constitui-se no crime de todos os crimes segundo o Direito Internacional⁶⁰.

Na qualidade de crime internacional próprio, está submetido tanto ao regime da implementação direta como o da implementação indireta, devendo-se ter especial atenção à regra *aut dedere aut judicare*, sendo inadmissível, por violação a um princípio estruturante do Direito Penal Internacional que não seja exercida a persecução criminal, ensejando a impunidade fática.

Por fim, é bastante importante assentar-se que no caso do genocídio há, de fato, um mandado internacional de criminalização do comportamento na Convenção de 1948, bem como a especificidade de que se reveste o crime em razão do especial fim de agir que qualifica como comportamento essencialmente doloso, isto é, a intenção de destruir, no todo ou em parte, os grupos tutelados pelo tipo penal.

Com efeito, o genocídio se constitui em espécie de crime comissivo e doloso (*mens rea*) caracterizado pelo especial fim de agir de “destruir, no todo ou em parte” (*dolus specialis*) a um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal, abrangendo, desta forma, o extermínio físico (homicídio)

59 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Advisory Opinion of May 28 1951. Disponível em <http://www.icjci.org/docket/files/12/4283.pdf>. Acessado em 31.Jul.2007. Livre tradução.

60 “[...] genocide constitutes the crime of crimes [...]”. UNITED NATIONS. International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. Case The Prosecutor v. Jean Kambanda (ICTR-97-23). Judgement and Sentence, 4 September 1998. Disponível em <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-97-23/MS14050R0000529818.PDF>. Acessado em 31.Jan.2013.

e/ou biológico. Trata-se de um crime de ação múltipla ou conteúdo variado, estritamente tipificado pelo especial fim de agir previsto pelo tipo incriminador (*genocidal intent*).

Isso se evidencia, por exemplo, pelo contido nos Elementos dos Crimes do Estatuto do Tribunal Penal Internacional em relação à necessidade de se provar a intensão genocida para a tipificação do artigo 6º do ETPI em todas as suas modalidades, mediante a previsão da seguinte cláusula comum: “Que o autor tenha agido com a intensão de destruir, total ou parcialmente, a esse grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal”. Como regra geral de interpretação, esse elemento é comprovado pela escala das atrocidades cometidas, a natureza lesiva desses comportamentos no contexto de uma região ou país e a seleção de indivíduos pertencentes a grupos protegidos pelo tipo penal em razão dessa pertença, com exclusão de membros de outros grupos.

Nesse sentido, o Brasil deu cumprimento à obrigação internacional de tipificação interna do genocídio tanto por meio da Lei 2.889/56, cuja técnica legislativa é bastante deficiente, como através do Código Penal Militar, em que se procedeu a distinção entre genocídio em tempos de paz e genocídio em tempos de guerra, assim como pela Lei de Planejamento Familiar, em que se pune de forma autônoma a instigação pública do genocídio na forma da proibição de nascimentos no seio do grupo protegido.

Contudo, fica bastante evidenciado de que o Brasil, desde a ratificação da Convenção e a tipificação interna em seu Direito Penal interno tem enfrentado sérias dificuldades na prevenção e repressão ao genocídio de povos indígenas, em particular no contexto da Amazônia brasileira. Os três casos discutidos neste trabalho identificam, de forma muito clara, a insuficiência no cumprimento das obrigações internacionais tendentes tanto à efetiva proteção dos povos indígenas em face de agressões de todas as ordens, em particular em relação ao crime internacional mais grave segundo o Direito Internacional, como também no exercício da persecução criminal de seus autores.

CONFLITO DE INTERESSE

O autor declara que não há conflito de interesses com relação ao trabalho apresentado.

FINANCIAMENTO

De igual forma declara que não houve financiamento por nenhuma instituição de fomento; que o trabalho é de minha autoria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. “Impunidade por violação dos direitos humanos e o Direito Penal Internacional”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, a. 12, v. 49, São Paulo: RT, 2004, p. 48-88.

AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*. Tradução de Ezequiel Malarino, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer/Temis, 2005.

AMBOS, Kai. *A parte geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução de Carlos E. A. Japiassú e Daniel A. Raizman, São Paulo: RT, 2008.

AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law*. vol II, Oxford: Oxford University Press, 2014.

BANTEKAS, Ilias, NASH, Susan. *International Criminal Law*. 3th ed., London: Routledge Cavendish, 2007.

BARBOZA, Julio. "International Criminal Law". *RCADI*, vol. 287, 1999.

BASSIOUNI, M. Cherif. "Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice". *Virginia Journal of International Law*, 42, n. 81, 2001.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity: hitorical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. 2th ed, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

BAZELAIRE, Paul, CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Traducción Luciana Pinto Venâncio. Barueri: Manole, 2004.

BECCARIA, Cesare. *Opere*. 2 v. V. I, Firenze: Sansoni, 1958.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 179485, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 06/12/1994, DJ 10-11-1995.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 351.487/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/08/2006, 609 p.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Criminal 0015050-09.1997.4.01.0000, JUIZ TOURINHO NETO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 11/09/2009, p. 256.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Criminal 0040339-02.2001.4.01.0000, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, Terceira Turma, DJ 10/12/2004, p. 06.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *The case of S. S. Lotus*, Série A, n. 10, de September 7th, 1927. Disponível em: <https://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>

DE OLIVEIRA, Marcus Vinicius Xavier. *Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro: problemas decorrentes da interconexão entre Direito Penal Internacional e Direito Penal*. Porto Alegre: Editora, Fi, 2016.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinicius Xavier. *Dos crimes interacionais: o fato punível no Direito Penal Internacional. Uma análise a partir dos crimes contra a humanidade, in Estudos e interlocuções em Direito Internacional, Filosofia Política e literatura*. São Carlos: De Castro, 2022.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinicius Xavier. *Estudos sobre a jurisdição (penal) internacional: formas de implementação, expansão, fragmentação e actio popularis*. Porto Velho: EDUFRO, 2020.

DOTTI, René Ariel. “Os Caminhos da Reforma e o Direito a Constituir”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 15, n. 59 jul/set, Brasília, 1978, p. 37-52.

EUGENIO ZAFFARONI, Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 2ed., São Paulo: RT, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. “A Reforma da Legislação III”. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002200643-a_reforma_legislacao_penal_3.pdf>

FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Genocídio”. *Revista de Direito Penal*, n. 09/10, Rio de Janeiro/São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Subsídios para a História do Novo Código Penal”. *Revista de Direito Penal* n. 3, Rio de Janeiro: Borsoi, jul/set 1971, p. 7-12.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “História do Direito Internacional: o Caso Lótus (1927)”. *Revista do Mestrado em Direito* da UCB, v. 3, nr. 2, 2009.

HÄBERLE, Peter. “O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional”. *Direito Público*, 1(2), 2010. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1395>>

HANNUM, Hurst. “The status of the Universal Declaration of Human Rights in national and International Law”. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, n. 1, pp. 287-397, 1996.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Advisory Opinion of May 28 1951*. Disponível em: <<http://www.icjci.org/docket/files/12/4283.pdf>>

INSTITUTO SOCIAMBIENTAL (ISA). “Povos Indígenas no Brasil: Oro Win”. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Oro_Win>

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020.

JOSÉ BREMER, Juan. *De Westfalia a post-Westfalia: hacia un nuevo orden internacional*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

LEMKIN, Rapahel. *Axis rule in occupied Europe: Laws of occupation, analysis of government, proposal for redress*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, V 2 2 V, 11 Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANDS, Phillipe. *East West Street: on the origins of “genocide” and “crimes against humanity*. New York: Alfred A. Knope, 2016.

SCHABAS, William. *Genocide in International Law: the crime of the crimes*. 2th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SILVA SANCHES, Jesus Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 11 DEC 1946*. Disponível em:< <http://www.un-documents.net/a1r95.htm>>

UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMISSION. *Drafts articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts, with commentaries 2001*. Disponível em:<http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>

UNITED NATIONS. *International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. Case The Prosecutor v. Jean Kambanda (ICTR-97-23). Judgement and Sentence, 4 September 1998.* Disponível em: <<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-97-23/MS14050R0000529818.PDF>>

UNITED NATIONS. RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. *Appeals Chamber. Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, 26 September 2013.* Disponível em: <<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1389/SCSL-03-01-A-1389.pdf>>

UNITED NATIONS. RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEOE. *Trial Chamber II. Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, 30 May 2012.* Disponível em: <<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/1285/SCSL-03-01-T-1285.pdf>>

WERLE, Gerhardt. *Principles of International Criminal Law.* Hague: T.M.C. Asser Press, 2009.

RESUMO BIOGRÁFICO

Marcus Vinicius Xavier Oliveira. Professor Associado da Universidade Federal de Rondônia. Mestre (UFSC) e Doutor (UERJ) em Direito. Líder do Jus Gentium - Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional. Advogado.

e mail: marcusoliveira@unir.br

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9319-6094>

