

UM ESTUDO SOBRE A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DO CRIME DE GENOCÍDIO PELOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS PENAIS PARA A EX-IUGOSLÁVIA E RUANDA¹

.....

Eduardo Araujo Pereira Junior

Acadêmico de direito da Universidade do Estado do Amazonas e ex-bolsista do Programa de Apoio à Iniciação Científica – PAIC/FAPEAM nos anos de 2007 e 2008

“Os maiores malfeitores são aqueles que não se lembram porque nunca pensaram na questão, e, sem lembrança, nada consegue detê-los. Para os seres humanos, pensar no passado significa mover-se na dimensão da profundidade, criando raízes e assim estabilizando-se, para não serem varridos pelo que possa ocorrer – o Zeitgeist, a História ou a simples tentação. O maior mal não é radical, não possui raízes e, por não ter raízes, não tem limitações, pode chegar a extremos impensáveis e dominar o mundo todo.”²

INTRODUÇÃO

Em sua decisão do dia 4 de março de 2009, a Corte Internacional Penal (CIP) rejeitou o pleito da Promotoria de expedir mandado de prisão contra o presidente sudanês Omar Al Bashir sob a acusação de genocídio, em vista da insuficiência das provas apresentadas. O que não impediu, contudo, que um mandado fosse emitido para as acusações de crimes contra a humanidade e crimes de guerra, alegações estas que contavam com conjunto probatório mais sólido. Desta forma Al Bashir tornou-se o primeiro Chefe de Estado em exercício a ter sua prisão decretada pela CIP em face de suspeitas de ter cometido crimes internacionais.³

Apesar de indeferir a acusação de genocídio por questões indiciárias,⁴ a decisão da CIP ao analisar o crime de genocídio fazendo ampla referência aos julgados dos Tribunais Internacionais Penais *Ad Hoc* da ONU para a ex-Iugoslávia (TIPI) e para Ruanda (TIPR) lançou luz sobre a importância que a jurisprudência destes tribunais adquiriu como interpretações legais oficiais sobre delitos do Direito Internacional Penal, com especial ênfase no que concerne ao crime de genocídio, posto que (diferentemente dos crimes de guerra e

crimes contra a humanidade que foram discutidos nos tribunais internacionais militares do segundo pós-guerra) desde que surgira na Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948 nunca fora debatido juridicamente na seara internacional.

Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo principal apresentar um estudo sobre a construção do conceito do crime de genocídio tendo como marco a jurisprudência dos tribunais internacionais penais *ad hoc* da ONU.

Para tanto, este trabalho se divide em duas partes principais sendo que a primeira trata do tipo subjetivo do delito e a segunda do tipo objetivo.

A primeira parte subdivide-se em quatro seções onde se propõe um exame do que os referidos tribunais entendem sobre as expressões “intenção de destruir”, “no todo ou em parte”, “grupo nacional, étnico, racial ou religioso” e “como tal” extraídas do preceito legal de genocídio dos estatutos do TIPI e TIPR. Já na segunda parte, em cinco seções, serão analisados os atos que compõem o tipo objetivo do mesmo crime previsto nos estatutos em tela, quais sejam: homicídio, graves danos físicos e mentais, submissão de membros do grupo a condições tendentes a conduzir o grupo à destruição, imposição de medidas com fito de impedir nascimentos no seio do grupo e transferência forçada de crianças.

Por fim, vale relembrar que a redação do dispositivo do genocídio nos estatutos do TIPI e do TIPR foi retirada, sem modificações, do texto da Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948. Destarte, o art. 2.2 do estatuto do TIPR e o art. 4.2 do estatuto do TIPI possuem a mesma redação do art. 2 da Convenção de 1948, qual seja:

Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) killing members of the group;
- (b) causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) forcibly transferring children of the group to another group.

1. TIPO SUBJETIVO DO CRIME DE GENOCÍDIO – MENS REA

A descrição do tipo subjetivo do genocídio encontra-se no *caput* do dispositivo quando se fala em: *intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such*.

Na esteira dos estudos da doutrina estrangeira,⁵ o exame do tipo subjetivo (*mens rea*) pode ser subdividido em quatro partes: (i) *intenção de destruir*; (ii) *no todo ou em parte*; (iii) *grupo nacional, étnico, racial ou religioso* e (iv) *como tal*. Tal organização procura tornar mais clara a compreensão da definição do crime.

1.1 INTENÇÃO DE DESTRUIR

Desde o caso Akayesu afirma-se que o elemento diferenciador do crime de genocídio reside, justamente, na intenção qualificada que o injusto demanda.⁶ Há genocídio quando o agente quer praticar um dos cinco atos objetivos listados no tipo com a intenção de, através destes atos, alcançar a destruição, total ou parcial, de determinado grupo nacional, racial, étnico ou religioso, como tal. Eis aí também, a mais básica definição do que é genocídio: agir deliberadamente com a intenção de destruir um dos grupos protegidos, no todo ou em parte. Neste sentido, vale transcrever o que o TIPI afirmou no caso Brdanin:

“The acts prohibited in sub-paragraphs (a) to (c) of Article 4(2) of the Statute are elevated to genocide when it is proved that the perpetrator not only wanted to commit those acts but also intended to destroy the targeted national, ethnical, racial or religious group in whole or in part, as such. This intent has been referred to, inter alia, as special intent,

*specific intent and dolus specialis. [...] It is this specific intent that characterises the crime of genocide.”*⁷

O especial fim de agir do genocídio, portanto, é de vital importância para que o crime reste configurado. Assim, não é suficiente o conhecimento de que a extinção do grupo poderia advir da realização de determinada conduta. O fim deve ser querido pelo agente, ainda que não seja seu principal motivo para agir,⁸ deve ser inequivocamente desejado por ele.⁹ Tal fica claro a partir do seguinte trecho da sentença do TIPI no caso Blajogevic: *It is not sufficient that the perpetrator simply knew that the underlying crime would inevitably or likely result in the destruction of the group. The destruction, in whole or in part, must be the aim of the underlying crime(s).*¹⁰ Portanto, o genocídio é crime que não se perfaz com dolo eventual.¹¹

Outra característica afirmada pelos tribunais é que o especial fim de agir que anima o agente não precisa se concretizar para que se reputa cometido o crime, isto é, a destruição do grupo, no todo ou em parte, não precisa acontecer de fato para que o delito se consuma. A prática do tipo objetivo contra algumas pessoas, subjetivamente acompanhada pelos requisitos da *mens rea*, é suficiente para se considerar ocorrido o genocídio,¹² como explicou o TIPI no caso Stakic, fazendo referência ao caso Semanza do TPIR:

*“The key factor is the specific intent to destroy the group rather than its actual physical destruction. As pointed out by the Trial Chamber in Semanza, ‘there is no numeric threshold of victims necessary to establish genocide.’ This Trial Chamber emphasises that in view of the requirement of a surplus of intent, it is not necessary to prove a de facto destruction of the group in part and therefore concludes that it is not necessary to establish, with the assistance of a demographer, the size of the victimised population in numerical terms. It is the genocidal dolus specialis that predominantly constitutes the crime.”*¹³

Provar o especial fim de agir genocida é uma questão complicada visto que nem sempre podem os tribunais contar com a confissão do acusado para constatar que ele atuou com o especial fim de agir exigido no tipo. Nestes casos, os tribunais se utilizam de provas circunstanciais, a partir das quais se possa inferir, com segurança, esse elemento subjetivo.¹⁴ Desde o caso Akayesu, o TPIR¹⁵ asseverava que o especial fim de agir poderia ser inferido por meio de diversos indicadores:

"On the issue of determining the offender's specific intent, the Chamber considers that intent is a mental factor which is difficult, even impossible, to determine. This is the reason why, in the absence of a confession from the accused, his intent can be inferred from a certain number of presumptions of fact. The Chamber considers that it is possible to deduce the genocidal intent inherent in a particular act charged from the general context of the perpetration of other culpable acts systematically directed against that same group, whether these acts were committed by the same offender or by others. Other factors, such as the scale of atrocities committed, their general nature, in a region or a country, or furthermore, the fact of deliberately and systematically targeting victims on account of their membership of a particular group, while excluding the members of other groups, can enable the Chamber to infer the genocidal intent of a particular act."¹⁶

Múltiplos fatores externos às circunstâncias estritas da realização do crime podem levar os magistrados a uma melhor compreensão do verdadeiro *animus* do acusado.¹⁷ Podem ser tanto fatores gerais indicando situações que rodeavam o crime (como a convicção de que à época do crime havia uma prática sistematizada de genocídio em Ruanda¹⁸), ou mesmo condições pessoais do acusado.¹⁹ Vale aqui, relembrar o que declarou a Câmara de Apelações no caso Krstic: "*Where direct evidence of genocidal intent is absent, the intent may still be inferred from the factual circumstances of the crime.*"²⁰

O fato de haver um plano para perpetrar o genocídio também deve ser encarado como evidência do especial fim de agir²¹. Não é requisito do genocídio que o crime se dê em meio a um plano coordenado de ações com objetivo genocida²². O tipo não faz qualquer exigência sobre o genocídio ser praticado em meio a um contexto de violação sistemática. Destarte, a verificação desta situação fática só pode contar como prova para o tipo subjetivo.²³

Contudo, isso não importa dizer que uma pessoa agindo sozinha com a intenção de cometer genocídio poderá ser classificada como um *genocidaire*²⁴. Apesar de no caso Jelusic²⁵ 26 o TIPI ter deixado essa possibilidade aberta, segundo os professores Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson e Elizabeth Wilmshurst, afirmar que um indivíduo, agindo autonomamente, praticará genocídio é um argumento que não encontra base consistente seja na doutrina, seja na jurisprudência.²⁷

Advertiu o TIPR, no caso Bagilishema, que os dados circunstanciais devem ser sopesados com a conduta individual do acusado para se determinar qual foi sua efetiva participação.²⁸ O especial fim de agir deve ser estabelecido através de inquirições circunstanciais feitas caso a caso.²⁹

Mais um ponto importante de se destacar na exegese operada pelos tribunais *ad hoc* da ONU é que a destruição buscada pelo agente deve ser física ou biológica, ou seja, não basta intencionar acabar com a cultura de certo grupo protegido, mas sim (para que se fale em genocídio) sua exterminação física ou biológica. É necessário que se verifique se a intenção do autor era a aniquilação, designadamente, física ou biológica de um determinado grupo, como tal.³⁰ Mesmo desenvolvimentos jurisprudenciais que tentam expandir o círculo do que abarcaria a expressão "*intenção de destruir*", ressalvam que o marco do entendimento permanece sendo o critério da eliminação física. Vide, por exemplo, a seguinte sentença do TIPI:

*"The Trial Chamber finds in this respect that the physical or biological destruction of a group is not necessarily the death of the group members. While killing large numbers of a group may be the most direct means of destroying a group, other acts or series of acts, can also lead to the destruction of the group. A group is comprised of its individuals, but also of its history, traditions, the relationship between its members, the relationship with other groups, the relationship with the land. The Trial Chamber finds that the physical or biological destruction of the group is the likely outcome of a forcible transfer of the population when this transfer is conducted in such a way that the group can no longer reconstitute itself – particularly when it involves the separation of its members. In such cases the Trial Chamber finds that the forcible transfer of individuals could lead to the material destruction of the group, since the group ceases to exist as a group, or at least as the group it was. The Trial Chamber emphasizes that its reasoning and conclusion are not an argument for the recognition of cultural genocide, but rather an attempt to clarify the meaning of physical or biological destruction"*³¹ (grifo deste trabalho).

1.2 NO TODO OU EM PARTE

Segundo a professora Larissa J. van den Herik a idéia original por trás da inserção dessa expressão na Convenção de 1948 era tornar claro que não se exigia que todo o grupo fosse efetivamen-

te dizimado para que ocorresse genocídio (como anotado anteriormente), e também que intencionalmente somente a destruição parcial do grupo seria suficiente para caracterização do crime.³²

Os tribunais levaram a interpretação da expressão além. Entenderam que era preciso que a intenção de destruição recaísse sobre parte substancial ou significativa do grupo,³³ sendo que o adjetivo 'substancial' refere-se a um critério quantitativo enquanto o 'significativo' refere-se a um critério qualitativo.³⁴ Deste modo, é significativa a parte que se pretende atingir quando envolve setor emblemático do grupo como v.g., sua liderança. Substancial, ou considerável, importa em um relevante número de pessoas atingidas.³⁵ No caso Krstic, o TIPI se manifestou esclarecendo:

*"The intent requirement of genocide under Article 4 of the Statute is [...] satisfied where evidence shows that the alleged perpetrator intended to destroy at least a substantial part of the protected group. The determination of when the targeted part is substantial enough to meet this requirement may involve a number of considerations. The numeric size of the targeted part of the group is the necessary and important starting point, though not in all cases the ending point of the inquiry. The number of individuals targeted should be evaluated not only in absolute terms, but also in relation to the overall size of the entire group. In addition to the numeric size of the targeted portion, its prominence within the group can be a useful consideration. If a specific part of the group is emblematic of the overall group, or is essential to its survival, that may support a finding that the part qualifies as substantial within the meaning of Article 4. [...] These considerations, of course, are neither exhaustive nor dispositive. They are only useful guidelines. The applicability of these factors, as well as their relative weight, will vary depending on the circumstances of a particular case."*³⁶

Nesse diapasão o caso Krstic é ainda mais relevante vez que nele o genocídio foi reconhecido justamente em razão do assassinato de parte tida como significativa do grupo de bósnios muçulmanos em Srebrenica. As execuções que tiveram lugar em Srebrenica vitimaram os homens muçulmanos em idade militar (independentemente de serem eles civis ou não) que lá se encontravam. Concomitantemente, mulheres, crianças e idosos do grupo dos bósnios muçulmanos da localidade eram transferidos para fora do território ocupado pelos sérvios. O conjunto destas ações foi classificado pelo TIPI (e depois reconhecido pela CIJ)

como genocídio, tal como se observa do arrazoado abaixo transcrito:

*"Within a period of no more than seven days, as many as 7,000- 8,000 men of military age were systematically massacred while the remainder of the Bosnian Muslim population present at Srebrenica, some 25,000 people, were forcibly transferred to Kladanj [...] Granted, only the men of military age were systematically massacred, but it is significant that these massacres occurred at a time when the forcible transfer of the rest of the Bosnian Muslim population was well under way. The Bosnian Serb forces could not have failed to know, by the time they decided to kill all the men, that this selective destruction of the group would have a lasting impact upon the entire group. Their death precluded any effective attempt by the Bosnian Muslims to recapture the territory. Furthermore, the Bosnian Serb forces had to be aware of the catastrophic impact that the disappearance of two or three generations of men would have on the survival of a traditionally patriarchal society, an impact the Chamber has previously described in detail. The Bosnian Serb forces knew, by the time they decided to kill all of the military aged men, that the combination of those killings with the forcible transfer of the women, children and elderly would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica. Intent by the Bosnian Serb forces to target the Bosnian Muslims of Srebrenica as a group is further evidenced by their destroying homes of Bosnian Muslims in Srebrenica and Potocari and the principal mosque in Srebrenica soon after the attack."*³⁷

Não se exige, por conseguinte, que o autor do crime intente destruir todo o grupo. Objetivar destruir parte de um grupo caracterizado por se restringir a determinada região, por exemplo, é suficiente para a configuração do delito, como se ratificou em Brdanin: "[T]he jurisprudence of the Tribunal supports the approach that permits a characterisation of genocide even when the specific intent to destroy a group, in part, extends only to a limited geographical area."³⁸

1.3 GRUPO NACIONAL, ÉTNICO, RACIAL OU RELIGIOSO

No genocídio o agente não agride suas vítimas na condição de pessoas, indivíduos, mas sim por vê-las como membros de um grupo, de modo

que a verdadeira vítima é sempre o grupo. A agressão só atinge quem é percebido como membro do grupo alvo, daí falar-se que se trata de um crime cuja vítima é despersonalizada.³⁹

Inobstante uma discussão inicial envolvendo conceitos objetivos do que significariam cada um dos grupos, acabou por prevalecer que a pertença de um indivíduo a um determinado grupo protegido deveria ser algo aferido numa dimensão subjetiva, ou em outras palavras, dizer se um sujeito agredido deveria ou não ser considerado membro de um grupo protegido logo se tornou uma questão a ser analisada muito mais na seara subjetiva do que tentando se encaixar os grupos em conceitos objetivos predefinidos.

Na esteira do firmado no caso Akayesu,⁴⁰ o TIPIR em Kayishema e Ruzidana acolheu a visão subjetiva de autodeterminação para embasar sua decisão,⁴¹ e assim se seguiu igualmente no caso Rutaganda: *“for the purpose of applying the 1948 Genocide Convention, membership of a group is, in essence, a subjective rather than an objective concept,”*⁴² Do mesmo modo sentenciou-se nos casos Musema,⁴³ Bagilishema,⁴⁴ Ndindabahizi,⁴⁵ Semanza⁴⁶ e Kajelijeli.⁴⁷ O TIPI parece ter seguido na mesma direção adotando a abordagem subjetiva de autodeterminação para definir os grupos⁴⁸, como faz ver o seguinte excerto da decisão no caso Jelisić:

*“Although the objective determination of a religious group still remains possible, to attempt to define a national, ethnical or racial group today using objective and scientifically irreproachable criteria would be a perilous exercise whose result would not necessarily correspond to the perception of the persons concerned by such categorisation. Therefore, it is more appropriate to evaluate the status of a national, ethnical or racial group from the point of view of those persons who wish to single that group out from the rest of the community. The Trial Chamber consequently elects to evaluate membership in a national, ethnical or racial group using a subjective criterion. It is the stigmatisation of a group as a distinct national, ethnical or racial unit by the community which allows it to be determined whether a targeted population constitutes a national, ethnical or racial group in the eyes of the alleged perpetrators.”*⁴⁹

Recentemente, todavia tem se adotado uma ponderação entre critérios subjetivos e objetivos,⁵⁰ em análises caso-a-caso, pois, segundo o TIPI, o critério subjetivo isolado pode não ser o bastan-

te.⁵¹ De modo que para identificação do grupo é tomado em conta o ponto de vista da vítima, bem como o do agressor além de elementos objetivos.

Outra perspectiva que surgiu no panorama do exame da dimensão subjetiva, que deve ser apontada, é a dos critérios negativo e positivo para definição de um sujeito como parte ou não de um grupo.⁵² Nesse sentido, a identificação positiva partiria da percepção de que aquele grupo se distinguiria dos demais por determinadas características que o denotam como grupo nacional, racial, étnico ou religioso particular. Por outro lado, o critério negativo observar-se-ia quando o perpetrador identificasse a vítima como pertencente a um grupo diferente do dele, e que por exclusão, seria um grupo nacional, racial, étnico ou religioso diverso. O TIPI, explicou esses critérios no caso Jelisić da seguinte maneira:

*“A group may be stigmatised in this manner by way of positive or negative criteria. A “positive approach” would consist of the perpetrators of the crime distinguishing a group by the characteristics which they deem to be particular to a national, ethnical, racial or religious group. A “negative approach” would consist of identifying individuals as not being part of the group to which the perpetrators of the crime consider that they themselves belong and which to them displays specific national, ethnical, racial or religious characteristics. Thereby, all individuals thus rejected would, by exclusion, make up a distinct group. The Trial Chamber concurs here with the opinion already expressed by the Commission of Experts and deems that it is consonant with the object and the purpose of the Convention to consider that its provisions also protect groups defined by exclusion where they have been stigmatized by the perpetrators of the act in this way.”*⁵³

Nesse passo, o professor francês Guénaél Mettraux, esclarece:

“As far as the intent of the perpetrator is concerned, the question of the national, racial religious, or ethnic distinctiveness of the group is not, therefore, one of scientific demonstration, but one, for lack of better expression, of social or societal perception of the identity of the group and its membership. This ‘consciousness of otherness’ both on the perpetrator’s and the victim’s part must however be sufficiently shared by the population to give the group at least a semblance of social or political (and ultimately,

legal) existence as a distinct national, racial, ethnic, or religious entity."⁵⁴

Na inteligência dessa posição esposada pelo tribunal, ao perceber a vítima como um sujeito não-membro do seu grupo, o agressor a veria, então, como membro de grupo oposto. Determinou-se também que o dispositivo de genocídio protegeria os grupos nacionais, raciais, étnicos e religiosos, que fossem definidos nessa perspectiva subjetiva negativa.⁵⁵ Isso, pode-se deduzir, fortaleceu-se no caso Baglishema, quando o TIPR declarou:

*"Moreover, the perpetrators of genocide may characterize the targeted group in ways that do not fully correspond to conceptions of the group shared generally, or by other segments of society. In such a case, the Chamber is of the opinion that, on the evidence, if a victim was perceived by a perpetrator as belonging to a protected group, the victim could be considered by the Chamber as a member of the protected group, for the purposes of genocide."*⁵⁶

O mestre William Schabas informa que a abordagem da perspectiva subjetiva para genocídio tem sido cada vez mais usada pelos tribunais:

*"Almost without exception, the subjective approach, by which the groups are defined according to the attitudes of those who persecute then rather than pursuant to some scientifically verifiable list of parameters. [...] This essentially subjective view towards the identification of groups contemplated by the definition of genocide has gained increasing acceptance in the case law of the international tribunals. [...] Once the subjective approach, which relies essentially on the perpetrator's perception of the victim group, is adopted, there is no longer a need to enlarge, by interpretation, the accepted definition of the crime of genocide."*⁵⁷

1.4 COMO TAL

A expressão "como tal" vem para reafirmar o caráter da despersonalização que marca o crime em tela. Tanto é assim que no caso Niyitegeka, o TIPR declarou: "[as such] means] that the act must be committed against an individual because the individual was a member of a specific group and specifically because he belonged to this group, so that the victim is the group itself, not merely the individual."⁵⁸ Do mesmo modo, o TIPI em Blagojevic asseverou: "The victims of the crime must be targeted because of their membership in

the protected group, although not necessarily solely because of such membership."⁵⁹

Como se vê, os tribunais também interpretam as palavras "como tal" no sentido de que as vítimas devem ser escolhidas para o ataque por serem membros de um dos grupos protegidos, excluindo desse modo qualquer exigência quanto a motivo. Eventuais provas de motivos econômicos,⁶⁰ por exemplo, não prejudicam o elemento subjetivo desde que o especial fim de agir do tipo reste provado⁶¹. Este, por sua vez, não precisa ser o único *animus* por trás da conduta do agente, mas deve ser um deles.⁶²

2. TIPO OBJETIVO DO CRIME DE GENOCÍDIO – ACTUS REUS

2.1 HOMICÍDIO DE MEMBROS DO GRUPO

Cedo se observou que os estatutos dos tribunais *ad hoc* da ONU utilizavam em suas versões francesas a palavra 'meurtre', e nas versões inglesas a palavra 'killing', para aludir à modalidade de genocídio em pauta. Daí poderia haver espaço para se interpretar que a alínea acolheria homicídios culposos posto que o vocábulo inglês 'killing' refere-se tanto a homicídios dolosos quanto culposos, enquanto o termo francês "meurtre" é mais específico e só diz respeito a homicídios dolosos.⁶³ Entretanto, esta exegese foi logo afastada pelo TIPR, que no caso Akayesu, decidiu que a versão francesa era a tecnicamente mais adequada.⁶⁴

Em Kayishema e Ruzindana, a Câmara de Apelações,⁶⁵ ratificando o entendimento da primeira instância, explicou que não haveria diferença entre os termos 'killing' e 'meurtre' uma vez que analisados no contexto do dispositivo em que se inserem ambos se referem a homicídio intencional, no entanto não necessariamente premeditado.⁶⁶ Logo o TIPI se manifestaria na mesma direção no caso Blagojevic.⁶⁷

Consoante a lição do mestre Schabas, três pontos devem sempre restar provados para que se configure o genocídio por meio de homicídio:⁶⁸ (1) que a morte resultou de ações ou omissões do acusado, e mesmo que estas não tenham sido a principal causa da morte devem ter contribuído substancialmente para que ela ocorresse;⁶⁹ (2) que o autor agiu com dolo direto ou eventual em relação à morte da vítima⁷⁰ e; (3) que o agredido morreu, *i.e.*, deve haver prova de que a vítima faleceu, sendo que provas que permitam, com segurança, inferir-se este resultado bastam.⁷¹

2.2 ATENTADO GRAVE À INTEGRIDADE FÍSICA OU MENTAL DE MEMBROS DO GRUPO

Por atentado grave à integridade física ou mental de membros do grupo entende-se que danos físicos ou mentais infligidos às vítimas com o propósito de destruir o grupo que compõem podem ser vistos como genocídio, desde que não constituam lesões leves incapazes de comprometer, de algum modo, a condução normal da vida daqueles que foram atingidos, o que não significa dizer que os danos necessitam ser permanentes.⁷² Percebe-se que os tribunais preferiram adotar um conceito praticamente negativo para os danos, o que pode ser interpretado como sinal da preferência por uma observação caso-a-caso do que poderá ou não ser enquadrado nesta previsão. O TIPI em Blagojevic assevera:

*“The Tribunals’ case-law has specified that the harm need not be permanent or irreparable, but ‘[i]t must be harm that results in a grave and long-term disadvantage to a person’s ability to lead a normal and constructive life.’ The Semanza Trial Judgement has specified that mental harm refers to more than minor or temporary impairment of mental faculties.”*⁷³

Foi dentro desta modalidade que no caso Akayesu o TPIR entendeu que a prática de estupro poderia configurar genocídio. Neste caso o burgomestre (algo como o líder da comunidade⁷⁴) da cidade de Taba, Jean Paul Akayesu, foi condenado por genocídio pelo fato de ter incentivado e permitido que diversas mulheres fossem estupra- das por membros da milícia Hutu,⁷⁵ conhecida como Interahamwe.

A partir deste julgamento sedimentou-se o entendimento de que violências sexuais, como estupro, cometidas com o especial fim de agir do tipo constituíam atos de genocídio^{76 77} na modalidade do art. 4º, item 2, e art. 2º, item 2, dos estatutos do TIPI e do TPIR, respectivamente.⁷⁸

Em Akayesu o TPIR decidiu:

“Indeed, rape and sexual violence certainly constitute infliction of serious bodily and mental harm on the victims and are even, according to the Chamber, one of the worst ways of inflict harm on the victim as he or she suffers both bodily and mental harm. In light of all the evidence before it, the Chamber is satisfied that the acts of rape and sexual violence described above, were committed solely

against Tutsi women, many of whom were subjected to the worst public humiliation, mutilated, and raped several times, often in public, in the Bureau Communal premises or in other public places, and often by more than one assailant. These rapes resulted in physical and psychological destruction of Tutsi women, their families and their communities. Sexual violence was an integral part of the process of destruction, specifically targeting Tutsi women and specifically contributing to their destruction and to the destruction of the Tutsi group as a whole.

*The rape of Tutsi women was systematic and was perpetrated against all Tutsi women and solely against them. [...] [The] sexualized representation of ethnic identity graphically illustrates that tutsi women were subjected to sexual violence because they were Tutsi. Sexual violence was a step in the process of destruction of the tutsi group - destruction of the spirit, of the will to live, and of life itself.”*⁷⁹

O professor William Schabas vê o caso Krstic⁸⁰ também como um importante precedente, na medida em que considerou como dano físico e mental o tratamento dirigido aos sobreviventes do ataque contra Srebrenica.⁸¹ Escreve este professor: *Even if the objective had been killing rather than inflicting bodily or mental harm, the Trial Chamber in effect considered the result as a kind of ‘lesser and included’ offence, noting this ‘was a natural and foreseeable consequence of the enterprise.’*⁸²

Comentando o caso Blagojevic, o supracitado autor⁸³ informa que o TIPI já julgou ter ocorrido dano mental contra aqueles que foram executados, nos momentos que antecederam à execução.⁸⁴ Notícia também que foi neste caso que o tribunal entendeu que atos de transferência forçada levavam a experiências traumáticas as quais, a depender da conjuntura, caracterizariam dano mental grave ensejando a aplicação do conceito de genocídio.⁸⁵

2.3 SUBMISSÃO DELIBERADA DE MEMBROS DO GRUPO A CONDIÇÕES DE VIDA QUE CONDUZAM À SUA DESTRUÇÃO FÍSICA TOTAL OU PARCIAL

No caso Akayesu encontra-se a definição desta modalidade de genocídio que foi posteriormente aceita⁸⁶ pelos dois tribunais:⁸⁷

“For purposes of interpreting Article 2(2)(c) of the Statute, the Chamber is of the opinion that the means of deliberate inflicting on the group

conditions of life calculated to bring about its physical destruction, in whole or part, include, inter alia, subjecting a group of people to a subsistence diet, systematic expulsion from homes and the reduction of essential medical services below minimum requirement.”⁸⁸

São, essencialmente, atos que procuram privar as vítimas de condições básicas para sua sobrevivência, como acesso a alimentos, medicamentos, expulsões sistemáticas de suas casas etc.⁸⁹ É inerente à definição dessa modalidade a longa duração de sua execução, ou seja, trata-se de um crime que tende a provocar uma morte bastante lenta a partir da degradação das condições de vida com o propósito⁹⁰ de exterminar.⁹¹ Vale dizer que essa é uma modalidade que não exige resultado.⁹²

Nesse passo, tem-se uma modalidade de genocídio que encontraria larga aplicação no TIPI, posto que se relaciona com os conceitos de dois fenômenos comumente associados ao conflito iugoslavo, quais sejam, campos de concentração e limpeza étnica.

Porém, segundo a Corte Internacional de Justiça (CIJ) quando instada a se manifestar no caso Bósnia contra Sérvia e Montenegro sobre a aplicação da Convenção de 1948 no conflito iugoslavo, nenhum dos casos de campos de concentração levados ao TIPI resultou em condenações de genocídio sob o art. 4º, c, de seu estatuto:

*“On the basis of the elements presented to it, the Court considers that there is convincing and persuasive evidence that terrible conditions were inflicted upon detainees of the camps. However, the evidence presented has not enabled the Court to find that those acts were accompanied by specific intent (dolus specialis) to destroy the protected group, in whole or in part. In this regard, the Court observes that, in none of the ICTY cases concerning camps cited above, has the Tribunal found that the accused acted with such specific intent (dolus specialis).”*⁹³

Sobre limpeza étnica os professores Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson e Elizabeth Wilmschurst ensinam:

“This practice [of ethnic cleansing], when committed by the Serbs to eliminate the Muslim presence in large parts of Bosnia-Herzegovina, was regarded by the ad hoc Judge Lauterpracht in the ICJ provisional measures ruling of 13 September 1993 as constituting genocide. Ethnic cleansing has also been considered genocide by the ICTY in the decision confirming the second indictment in Karadzic and Mladic.

*[...] [T]he ICC elements give ‘systematic expulsion from homes’ as one of the illustrations of this category of prohibited act.”*⁹⁴

A despeito de contar com amplo reconhecimento pela jurisprudência o juízo de que limpeza étnica pode constituir o crime de genocídio, os autores supramencionados⁹⁵ advertem que nem sempre a sistemática expulsão de uma população da região que habita importará na modalidade em comento, porque o desígnio de simplesmente remover um grupo de uma região, sem desejar com isso sua exterminação, não pode ser considerado genocida:⁹⁶ *“[T]he ultimate purpose of ethnic cleansing is the geographical removal of a group from a particular area, not its physical destruction.”*⁹⁷ Alguns casos no TIPI já atestaram isso.⁹⁸

2.4 IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS TENDENTES A IMPEDIR OS NASCIMENTOS NO SEIO DO GRUPO

Podem ser entendidas como medidas impostas com o propósito de impedir nascimentos no seio do grupo, *inter alia*, os seguintes atos: mutilação sexual, esterilização forçada, controle de natalidade forçado, separação de sexos e proibição de casamentos.⁹⁹

O efeito psicológico de certas atuações também é avaliado para decidir se houve este crime, sendo que, nessa situação, considerações acerca do pano de fundo cultural frente ao qual se desenrolaram ditas ações podem assumir grande relevância¹⁰⁰. No caso Akayesu, por exemplo, após reconhecer que a sociedade ruandesa é patriarcal e que a etnia de uma pessoa é determinada por aquela de seu pai, os juízes do TIPI entenderam que a prática do estupro poderia ser tida como genocida, vez que a mulher vítima da ação passaria a carregar em seu ventre uma criança que não pertenceria ao seu grupo. Em seguida, no mesmo julgamento, concluiu-se que o estupro poderia gerar em sua vítima um sério repúdio ao ato sexual, tornando-o traumático, e levando-a, conseqüentemente, a não mais querer procriar.^{101 102}

O tribunal parece ter julgado que o estupro pode configurar esta modalidade de genocídio por carregar relevante probabilidade de traumatizar suas vítimas impedindo-as de dar continuidade ao grupo a que pertence. O caso ruandês teria sido agravado pelo cenário cultural.

De qualquer modo, este fim, a desestimulação da perpetuação do grupo, deve ter sido almejado pelo ofensor. Na síntese precisa de Mettraux: *“[The] Prosecution [...] need to establish that,*

though such action as rape, sexual mutilation, or sterilization of the victim, the perpetrator not only intended to abuse sexually, but that in so doing he intended to prevent births within the group of his victim."¹⁰³

A doutrina apostila que pleitear estupro como genocídio na modalidade de medida tendente a impedir nascimentos no seio do grupo tem desvantagens do ponto de vista processual por ser mais fácil provar apenas os danos físicos causados pelo estupro, e assim sendo, enquadrá-lo nos termos da alínea *b*¹⁰⁴ (inclusive, não há notícia de condenação desta modalidade de genocídio nos tribunais *ad hoc* da ONU para Ruanda e para a ex-Iugoslávia¹⁰⁵). Como explica Larissa van den Herik: "*In its actual findings, the Trial Chamber did not rely on this genocidal act, and rape was characterized as bodily harm.*"¹⁰⁶

2.5 TRANSFERÊNCIA FORÇADA DE CRIANÇAS DE UM GRUPO PARA OUTRO

Esta alínea que entrou na redação final da Convenção de 1948 por meio de uma proposta da delegação grega¹⁰⁷ foi idealizada não para evitar a transferência meramente física de crianças de um lugar para outro, mas para impedir a assimilação dos infantes pela cultura do grupo agressor.¹⁰⁸

Registre-se que não há evidências de que a prática tipificada nesta disposição tenha ocorrido nem em Ruanda, nem no território da antiga Iugoslávia, durante o período sob o qual incide a competência dos Tribunais Internacionais Penais *ad hoc* da ONU.¹⁰⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na decisão de improcedência da CIP sobre o pedido de mandado de prisão para Al Bashir sob a acusação de suspeita de crimes de genocídio, mencionada no início do presente trabalho, a primeira Câmara de Julgamento da Corte afirmou:

*"[A]ccording to the case law of the ICTY and the ICTR, the protection offered to the targeted groups by the penal norm defining the crime of genocide is dependent on the existence of an intent to destroy, in whole or in part, the targeted group. As soon as such intent exists and materialises in an isolated act of a single individual, the protection is triggered, regardless of whether the latent threat to the existence of the targeted group posed by the said intent has turned into a concrete threat to the existence in whole or in part of that group."*¹¹⁰

Este fragmento pode ser interpretado como uma boa síntese da idéia nuclear que aqui se procurou desenvolver, qual seja: o genocídio é um crime cujo *animus* ofende a base do que se entende por humanidade, isto é, a diversidade humana, e que por isso faz jus ao sistema de proteção internacional que foi erigido para que fosse combatido e punido. Como resultados deste esforço surgiram os Tribunais Internacionais Penais *Ad Hoc* da ONU os quais através de suas decisões firmaram valiosos marcos sob os quais a CIP poderá avançar na proteção dos valores mais caros à humanidade.

São significativos os avanços galgados pelo TIPI e TIPR (entre os quais podem ser mencionados o reconhecimento de que o estupro pode importar em genocídio e a adoção de critérios subjetivos para definição dos grupos protegidos), contudo, é inegável que ainda há muito espaço para que novos desenvolvimentos sejam consolidados na CIP.

Deste modo, se a força do *mal total*, como ensina Hannah Arendt,¹¹¹ reside na ausência de raízes, talvez seja justamente no fortalecimento dos precedentes lançados pelos tribunais *ad hoc* que a Corte permanente encontrará um recurso hábil para combatê-lo ou evitá-lo. Com efeito, a despeito de críticas que podem ser levantadas, hoje já existe um sistema que pode ser acionado quando a diversidade humana for ameaçada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS, Jason S.; RATNER, Steven R. *Accountability for human rights atrocities in international law: beyond the Nuremberg legacy*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford, 2001.

AKSAR, Yusuf. *Implementing international humanitarian law: from the ad hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*. Londres: Routledge, 2004.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

CASSESE, Antonio. *International criminal law*. 2 ed. Nova Iorque: Oxford, 2008.

CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge, 2007.

HERIK, Larissa J. van den. *The contribution of the Rwanda Tribunal to the development of international law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

METTRAUX, Guénaél. *International crimes and the ad hoc tribunals*. Oxford: Oxford, 2006.

SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Law*. 3 ed. Cambridge: Cambridge, 2007.

_____. *Legal perspectives and analyses was genocide committed in Bosnia and Herzegovina? First judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. *Fordham International Law Journal*, Nova Iorque, vol. 25, p. 5, novembro de 2001. Disponível em <<http://www.umass.edu/legal/Benavides/Fall2004/397G/Electronic%20Reserve/13%20Schabas.doc>> Acesso em 18 de março de 2009.

_____. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge, 2006.

NOTAS

1. Artigo elaborado a partir do trabalho de conclusão de curso intitulado "O genocídio nos Tribunais Internacionais Penais Ad Hoc para a ex-Iugoslávia e Ruanda: origens, evolução e correlação com crimes contra a humanidade e crimes de guerra", defendido no dia 27 de junho de 2009 e aprovado pela banca composta pela professora orientadora Msc. Sílvia Maria da Silveira Loureiro, Professor Msc. Luciano Ralo Monteiro e Professor André Lopes Lasmar.
2. ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. pp. 159-160.
3. Caso Al Bashir (ICC-02/05-01/09), decisão de 4 de março de 2009.
4. A Promotoria entrou com recurso contra a decisão de não indiciar o réu por genocídio. Caso Al Bashir (ICC-02/05-01/09 OA), recurso de 6 de julho de 2009.
5. ABRAMS, Jason S.; RATNER, Steven R. Accountability for human rights atrocities in international law: beyond the Nuremberg legacy. 2. ed. Nova Iorque: Oxford, 2001. pp. 30-35; AKSAR, Yusuf. Implementing international humanitarian law: from the ad hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court. Londres: Routledge, 2004. p. 209; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. An introduction to international criminal law and procedure. Cambridge: Cambridge, 2007. p. 179; HERIK, Larissa J. van den. The contribution of the Rwanda Tribunal to the development of international law. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005. p. 105; METTRAUX, Guénaél. International crimes and the ad hoc tribunals. Oxford: Oxford, 2006. p. 209; SCHABAS, William A. The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone. Cambridge: Cambridge, 2006. pp. 165-172.
6. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de novembro de 1998, par. 498; Caso Musema (ICTR-96-13-A), decisão de 27 de janeiro de 2000, par. 164; Caso Jelusic (IT-95-10), decisão de 5 de julho de 2001, par. 46; Caso Rutaganda (ICTR-96-3), decisão de 6 de dezembro de 1999, par. 60; Caso Stakic, (IT-97-24), decisão de 31 de julho de 2003, par. 520; HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 109; SCHABAS, William A. Op. cit., pp. 164-165.
7. Caso Brdanin, (IT-99-36-T), decisão de 1º de setembro de 2004, par. 695.
8. Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-T), decisão de 21 de maio de 1999, par. 276; Caso Krstic, (IT-98-33-T), decisão de 2 de agosto de 2001, par. 572.
9. METTRAUX, Guénaél. Op. cit., pp. 210-212.
10. Caso Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 656.
11. Nessa situação poder-se-ia discutir que se trata de um caso de crime contra a humanidade, tal como ocorre na discussão sobre 'limpeza étnica'.
12. HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 108; MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos humanos e conflitos armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 971.
13. Caso Stakic, (TC) decisão de 31 de julho de 2003, par. 522.
14. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 523; Caso Kajelijeli (ICTR-98-44A), decisão de 1º de dezembro de 2003, par. 805; Caso Kamuhanda (ICTR-99-54), decisão de 22 de janeiro de 2004, par 624; Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-A) decisão de 1º de junho de 2001, par. 159.
15. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 523-524; Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-T), decisão de 21 de maio de 1999, par. 93-94; Caso Musema (ICTR-96-13-T), decisão de 27 de janeiro de 2000, par. 166; Caso Bagilishema (ICTR-95-1-A), decisão de 7 de junho de 2001, par. 62-63.
16. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 523.
17. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 478; Caso Bagilishema (ICTR-95-1-A), decisão de 7 de junho de 2001, par. 63; Caso Nahimana et. al. (ICTR-96-11-T), decisão de 3 de dezembro de 2003, par. 957-969; Caso Jelusic (IT-95-10-T), decisão de 14 de dezembro de 1999, par. 47 e 73-77; Caso Musema (ICTR-96-13-T), decisão de 27 de janeiro de 2000, par. 931-934.
18. Caso Rutaganda (ICTR-96-3), decisão de 6 de novembro de 1999, par. 399-340.
19. Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-T), decisão de 21 de maio de 1999, par 527-545.

20. Caso Krstic, (Appeals Chamber), April 19, 2004, par. 34.
21. CASSESE, Antonio. International criminal law. 2 ed. Nova Iorque: Oxford, 2008. p. 140; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. Op. cit., p. 168; HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., pp. 103 e 112; METTRAUX, Guénaél. Op. cit., pp. 204 e 210; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 171.
22. A CIP parece não ter seguido esta interpretação dos tribunais ad hoc, vez que em seus Elementos dos Crimes exige, para que se observe o genocídio na modalidade de assassinato, que a conduta tenha lugar em meio a um contexto de violação sistemática (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). Aponte-se nesse sentido a observação sobre o estatuto da CIP de Guénaél Mettraux: Although Article 9(3) of the Statute provides that the Elements of Crimes shall be consistent with the Statute, it would appear that, as far as the definition of genocide is concerned, drafters of the Elements of Crimes have, in fact, introduced through this vehicle, restrictions upon the definition of that offence which do not appear in the Statute, in customary international law or in the Genocide Convention.

The most obvious departure from the definition contained in the Statute (and under existing customary law) is the requirement contained in the Elements of Crimes that the crimes must occur 'in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction'. (...) This, no doubt, limits the risk that an individual might ever be charged with genocide in relation to isolated acts or even events of limited criminal magnitude. (...) One problem of that solution is that customary law does not contain such a requirement. METTRAUX, Guénaél. Op. cit., p. 204.
23. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 118; Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1) decisão de 21 de maio de 1999, par. 94 e 290-291; Caso Jelisić (IT-95-10-T), decisão de 14 de dezembro de 1999, par 100; Caso Musema (ICTR-96-13-A), decisão de 16 de novembro de 2001, par. 928 a 931; Caso Sikirica (IT-95-8-T), decisão de 3 de setembro de 2001, par. 62.
24. William Schabas alinha a proposta de que uma pessoa atuando individualmente poderia praticar genocídio de Lee Harvey Oswald theory of genocide (SCHABAS, William A. Legal perspectives and analyses was genocide committed in Bosnia and Herzegovina? First judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Fordham International Law Journal, Nova Iorque, vol. 25, p. 5, novembro de 2001. Disponível em < <http://www.umass.edu/legal/Benavides/Fall2004/397G/Electronic%20Reserve/13%20Schabas.doc> > Acesso em 18 de março de 2009). Schabas lança mão de um argumento interessante para desacreditar a teoria: um dos propalados objetivos dos tribunais é punir grandes criminosos internacionais, isto é, indivíduos que exerceram grande influência no cometimento de crimes da alçada do direito internacional penal, o que de modo algum se harmoniza com a proposta de procurar pessoas que a título completamente individual agiram com intenção genocida. Estes pequenos casos, portanto, restariam sobre a competência interna dos Estados. (p.8)
25. Caso Jelisić (IT-95-10-T), decisão de 14 de dezembro de 1999, par. 400.
26. O professor Schabas comenta essa decisão: The definition of genocide contains no formal requirement that the punishable acts be committed as part of a widespread or systematic attack, or as part of a general or organized plan to destroy the group. This would seem, however, to be a implicit characteristic of the crime of genocide, although in the Jelisić case a Trial Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia entertained the hypothesis of the lone genocidal maniac. In the same case, the Appeals Chamber confirmed that 'the existence of a plan or policy is not a legal ingredient of the crime. However, in the context of proving specific intent, the existence of a plan or policy may become an important factor in most cases'. The Darfur Commission, established by the United Nations in 2004, concluded that genocide was not being committed in Sudan essentially because it failed to find evidence of a State plan or policy. SCHABAS, William A. An introduction to the International Criminal Law. 3 ed. Cambridge: Cambridge, 2007. pp. 94-95. A explicação do professor Schabas somada à exigência de sistematicidade dos Elementos dos Crimes, da CIP, e à exigência de que certas ações do tipo objetivo deste crime sejam realizadas em meio a padrões sistemáticos de conduta (vide que o conceito de estupro em Akayesu exige sistematicidade da conduta para que esta importe em genocídio por dano físico grave: caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 598) podem,

talvez, apontar para consolidação de um novo conceito de genocídio que exija a sistematização das condutas.

27. CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. op. cit., p. 168. Esses autores, entretanto, não afastam completamente a hipótese de um indivíduo sozinho cometer genocídio. Essa ocorreria caso o sujeito dispusesse de meios de destruição em massa capazes de per se pôr em risco a existência de um grupo protegido. Explicam: Although by far the less likely, this could occur where a group is particularly small or where the accused has access to powerful means of destruction (such as the use of a nuclear or biological weapon) with genocidal intent. In such a case there is no need for a pattern of similar conduct, since the accused is in a position to pose a real threat to a protected group. Op. cit., pp. 177-178.
28. Caso Bagilishema (ICTR-95-1-A), decisão de 7 de junho de 2001, par. 61-63.
29. Caso Rutaganda (ICTR-96-3-T), decisão de 6 de dezembro de 1999, par. 59-63.
30. "[I]t can be argued that a contemporary interpreter of the definition of genocide should not be bound by the intent of the drafters back in 1948. The words 'to destroy' can readily bear the concept of cultural as well as physical and biological genocide, and bold judges might be tempted to adopt such progressive construction. Recent decisions of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and of the German Constitutional Court suggest that the law may be evolving in this direction." SCHABAS, William A. An introduction to the International Criminal Law. 3 ed. Cambridge: Cambridge, 2007. p. 94. As referências que o professor Schabas faz aos casos Krstic (IT-98-33-T), decisão de 2 de agosto de 2001 e Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, e especialmente ao caso Jorgic Bundesverfassungsgericht, da Corte Federal Constitucional Alemã, da 4ª Câmara, 2º Senado, de 12 de dezembro de 2000, igualmente é feita pelo professor Cassese, que comenta: "Some courts have indeed excluded the forced expulsion of persons belonging to a particular ethnic, racial, or religious group from the notion of genocide. However, in other cases courts have asserted that that expulsion, under certain circumstances, could be held to amount to genocide. Probably the better view is that upheld by the German Constitutional Court in Jorgic, namely that 'systematic expulsion can be a method of destruction and therefore an indication, thought not the sole substantiation, of an intention to destroy' (at §24)." CASSESE, Antonio. Op. cit., pp. 135-136.
31. Caso Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 666.
32. HERIK, Larissa van den. Op. cit., p. 107.
33. SCHABAS, William A. The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone. Cambridge: Cambridge, 2006. p. 169.
34. CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. op. cit., p. 180.
35. METTRAUX, Guénaél. Op. cit., p. 221; SCHABAS, William A. op. cit., p. 171.
36. Caso Krstic (IT-98-33-A), decisão de 19 de abril de 2004, par. 12 e 14.
37. Caso Krstic (IT-98-33-T), decisão de 2 de agosto de 2001, par. 594 e 595.
38. Caso Brdanin, (IT-99-36-T), decisão de 1º de setembro de 2004, par. 703.
39. CASSESE, Antonio. Op. cit., p. 137.
40. In the light of the facts brought to its attention during the trial, the Chamber is of the opinion that, in Rwanda in 1994, the Tutsi constituted a group referred to as "ethnic" in official classifications. Thus, the identity cards at the time included a reference to "ubwoko" in Kinyarwanda or "ethnie" (ethnic group) in French which, depending on the case, referred to the designation Hutu or Tutsi, for example. The Chamber further noted that all the Rwandan witnesses who appeared before it invariably answered spontaneously and without hesitation the questions of the Prosecutor regarding their ethnic identity. Accordingly, the Chamber finds that, in any case, at the time of the alleged events, the Tutsi did indeed constitute a stable and permanent group and were identified as such by all. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 702.
41. Caso Kayishema e Runzidana (ICTR-95-1-T), decisão de 21 de maio de 1999, par. 523 a 526.
42. Caso Rutaganda (ICTR-96-3-T), decisão de 6 de dezembro de 1999, par. 56.
43. Caso Musema (ICTR-96-13-T), decisão de 27 de janeiro de 2000, par. 930 a 935.
44. Caso Bagilishema (ICTR-95-1-A), decisão de 7 de junho de 2001, par. 61 a 65.

45. Caso Ndindabahizi (ICTR), decisão de 15 de julho de 2004, par. 466-469.
46. Caso Semanza (ICTR-97-20-T), decisão de 15 de maio de 2003, par. 317.
47. Caso Kajelijeli (ICTR-98-44A-T), decisão de 1º de dezembro de 2003, par. 813.
48. A Comissão Internacional para Investigação em Darfur, segundo o professor Cassese, adotou o critério subjetivo dos tribunais ad hoc na sua análise da situação naquele país, ao discutir se as chamadas tribos africanas em Darfur formavam um grupo étnico distinto das auto-denominadas tribos árabes apesar de compartilharem a mesma língua, religião e cor de pele. CASSESE, Antonio. Op. cit., p. 140.
49. Caso Jelisić, (IT-95-10-T), decisão de 14 de dezembro de 1999, par. 70.
50. SCHABAS, William A. Op. cit., p. 169; HERIK, Larissa van den. Op. cit., p. 135.
51. Caso Brdanin, (IT-99-36-T), decisão de 1º de setembro de 2004, par. 684.
52. METTRAUX, Guénaél. Op. cit., pp. 224-225.
53. Caso Jelisić (IT-95-10-T), decisão de 14 de dezembro de 1999, par. 71.
54. METTRAUX, Guénaél. Op. cit., p. 225.
55. A CIJ, em sua sentença no Caso Concernente à Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro), rejeitou a abordagem subjetiva negativa para determinar o grupo alvo: The Court recalls first that the essence of the intent is to destroy the protected group, in whole or in part, as such. It is a group which must have particular positive characteristics "national, ethnical, racial or religious" and not the lack of them. The intent must also relate to the group "as such." That means that the crime requires an intent to destroy a collection of people who have a particular group identity. It is a matter of who those people are, not who they are not. (...) The drafting history of the Convention confirms that a positive definition must be used. Genocide as "the denial of the existence of entire human groups" was contrasted with homicide, "the denial of the right to live of individual human beings" by the General Assembly in its 1946 resolution 96 (I) cited in the Preamble to the Convention. The drafters of the Convention also gave close attention to the positive identification of groups with specific distinguishing characteristics in deciding which groups they would include and which (such as political groups) they would exclude. The Court spoke to the same effect in 1951 in declaring as an object of the Convention the safeguarding of "the very existence of certain human groups" (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23). Such an understanding of genocide requires a positive identification of the group. The rejection of proposals to include within the Convention political groups and cultural genocide also demonstrates that the drafters were giving close attention to the positive identification of groups with specific distinguishing well-established, some said immutable, characteristics. A negatively defined group cannot be seen in that way. Caso Concernente à Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro). Sentença de 26 de fevereiro de 2007, pp. 193-194.
56. Caso Bagilishema (ICTR-95-1A-T), decisão de 7 de junho de 2001, par. 65.
57. SCHABAS, William A. An introduction to the International Criminal Law. 3 ed. Cambridge: Cambridge, 2007. pp. 96-97.
58. Caso Niyitegeka (ICTR-96-14), decisão de 16 de maio de 2003, par. 410.
59. Caso Blagojević (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 669.
60. Caso Ruzindana (ICTR-95-1-A), decisão de 1º de junho de 2001, par. 161.
61. HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., pp. 116-117.
62. SCHABAS, William A. Op. cit., p. 172.
63. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 500 e 501; SCHABAS, William A. Op. cit., pp. 172-173.
64. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 501.
65. Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-A), decisão de 1º de junho de 2001, par. 151.
66. AKSAR, Yusuf. Op. cit., p. 222; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. Op. cit., p. 174; HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 139; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 173.
67. Caso Blagojević (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 642.
68. SCHABAS, William A. Op. cit., pp. 173-174.
69. Caso Krnojelac (IT-97-25-T), decisão de 15 de março de 2002, par. 323-324; Caso Blaskić (It-

- 95-14-T), decisão de 3 de março de 2000, par. 153; Caso Delalic et. al. (IT-96-21-T), decisão de 16 de novembro de 1998, par. 424; Caso Musema (ICTR-96-13-T), decisão de 27 de janeiro de 2000, par. 215; Caso Krstic (IT-98-33-T), decisão de 2 de agosto de 2001, par. 485.
70. Caso Kordic et al. (IT-95-14/2-T), decisão de 26 de fevereiro de 2001, par. 229.
71. Caso Kordic et al. (IT-95-14/2-T), decisão de 26 de fevereiro de 2001, par. 36; Caso Delalic et al. (IT-96-21-A), decisão de 20 de fevereiro de 2001, par. 422; Caso Kordic et al. (IT-95-14/2-T), decisão de 26 de fevereiro de 2001, par. 229 e 236.
72. AKSAR, Yusuf. Op. cit., p. 224; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. Op. cit., p. 174; HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 141; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 174.
73. Caso Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 645.
74. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 54.
75. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 12B.
76. Não se pode deixar de registrar que em 1997, antes, portanto, da emblemática decisão do TIPR sobre o caso Akayesu firmar o entendimento de que crimes sexuais poderiam caracterizar genocídio, o professor brasileiro Celso D. de Albuquerque Mello já esboçava tal posição: O genocídio é um crime que se pratica tanto nos conflitos internacionais como nos conflitos internos em que o seu autor visa destruir um grupo racial, religioso etc. Ora, a violação sexual atinge o grupo de maneira extremamente danosa no seu aspecto físico e mental. A violação sexual pode criar traumas nas mulheres que ocasionem o medo a uma relação sexual o que evitaria nascimentos nos grupos atingidos levando-os à extinção. O genocídio é um crime contra a humanidade, mas mesmo dentro da denominação genérica deste último a violação sexual se enquadra em outros crimes específicos, por exemplo, o tratamento desumano. MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 435.
77. A inteligência de que o estupro constitui um dos atos que causam dano físico ou mental de modo a importar em genocídio foi adotada pela CIP em seus Elementos dos Crimes, na nota de rodapé sobre o art. 6 (b) do Estatuto de Roma.
78. AKSAR, Yusuf. Op. cit., p. 224; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. Op. cit., p. 174; HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 141; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 174.
79. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 731 e 732.
80. Caso Krstic (IT-98-33-T), decisão de 2 de agosto de 2001, par. 635.
81. SCHABAS, William A. Op. cit., p. 175.
82. SCHABAS, William A. Op. cit., p. 176.
83. SCHABAS, William A. Op. cit., p. 176.
84. Caso Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 647.
85. Caso Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 649.
86. HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 142; METTRAUX, Guénaél. Op. cit., p. 238.
87. Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-T), decisão de 21 de maio de 1999, par. 52; Caso Musema (ICTR-96-13), decisão de 27 de janeiro de 2000, par. 157; Caso Stakic (IT-97-24), decisão de 31 de julho de 2003, par. 517; Caso Sikirica et al. (IT-95-8-T), decisão de 3 de setembro de 2001, par. 42.
88. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 506.
89. CASSESE, Antonio. Op. cit., pp. 133-134; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. Op. cit., p. 175 e HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 142; METTRAUX, Guénaél. Op. cit., p. 239; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 177.
90. The fact that such measures have had an effect upon a protected group is not sufficient in itself. This effect must also be shown to have been intended by the perpetrator. No Chamber has yet explicitly dealt with the mens rea required for this particular offence. METTRAUX, Guénaél. Op. cit., p. 241.
91. METTRAUX, Guénaél. Op. cit., p. 241.
92. METTRAUX, Guénaél. Op. cit., p. 241.
93. Caso sobre a aplicação da Convenção de Prevenção e Punição do crime de Genocídio (Bósnia Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro), decisão de 26 de fevereiro de 2007, par. 354.
94. CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. Op. cit., p. 176.
95. Ibid.
96. Curioso exemplo de que a transferência de uma população, na verdade de uma cidade inteira,

pode ser conduzida nos estritos termos da legalidade é o caso Noack e outros vs. Alemanha da Corte Européia de Direitos Humanos. Caso Noack e outros vs. Alemanha, decisão de 25 de maio de 2000, par. 11 a 14.

97. METTRAUX, Guénaél. Op. cit., p.241; Nesse sentido, o autor francês acrescenta: The crime of 'conditions of life calculated to bring about the group's physical destruction in whole or in part' must also be distinguished from the mere casualties of war. [...] [T]he siege of a city, for instance, even as grim and unacceptable a siege as that of Sarajevo during the Bosnian conflict, or the blockading of a country or the systematic bombing of a town, does not per se qualify as a genocidal act unless those military measures are pushed to such a limit that they demonstrate beyond reasonable doubt that the warring party is seeking the annihilation of the other side, not just its military defeat. Ibid.
98. Caso Sikirica (IT-95-8-T), decisão de 3 de setembro de 2001, par. 85; Caso Stakic (IT-97-24-T), decisão de 31 de julho de 2003, par. 557; Caso Brdanin (IT-99-36-T), decisão de 1º de setembro de 2004, par. 118.
99. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 507 e 508; AKSAR, Yusuf. Op. cit., p. 226; CASSESE, Antonio. op. cit., p. 134; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. op. cit., p. 176; HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 143; METTRAUX, Guénaél. Op. cit., p. 242; SCHABAS, William A. p. 178.
100. Ibid.
101. HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 144.
102. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 507 e 508.
103. METTRAUX, Guénaél. Op. cit., p. 242.
104. HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 144; METTRAUX, Guénaél. Op. cit., pp. 242-243; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 178.
105. Ibid.
106. HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 144.
107. Ibid.
108. CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. op. cit., p. 177. Nesse sentido, os referidos autores expõem o exemplo de que, em 1997, a Australian Human Rights and Equal Opportunities Commission declarou ter acontecido esta modalidade de genocídio na Austrália quando crianças aborígenes foram assimiladas pela sociedade não-aborígene. Ibid.
109. AKSAR, Yusuf. Op. cit., p. 227; METTRAUX, Guénaél. Op. cit., p. 243; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 144.
110. Caso Al Bashir (ICC-02/05-01/09), decisão de 4 de março de 2009, par. 120.
111. ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 296.