

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**

ANNA BEATRIZ PEREIRA CEZAR

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE GENOCÍDIO POSTO PELA
CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE
GENOCÍDIO**

RECIFE

2022

ANNA BEATRIZ PEREIRA CEZAR

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE GENOCÍDIO POSTO PELA
CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE
GENOCÍDIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Pernambuco como
requisito para obtenção do título de bacharel em
Direito.

Áreas de Conhecimento: Direito Internacional
Público; Direito Internacional Penal; Direito
Humanitário

Orientador: Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior

RECIFE

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Cezar, Anna Beatriz Pereira.

Uma análise crítica do conceito de genocídio posto pela Convenção para a
Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio / Anna Beatriz Pereira Cezar. -
Recife, 2022.

57

Orientador(a): Jayme Benvenuto Lima Júnior
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de
Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Genocídio. 2. Raphael Lemkin. 3. Direito Internacional Penal. 4.
Organização das Nações Unidas. 5. Convenção para a Prevenção e a Repressão do
Crime de Genocídio. I. Lima Júnior, Jayme Benvenuto. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

ANNA BEATRIZ PEREIRA CEZAR

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE GENOCÍDIO POSTO PELA
CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE
GENOCÍDIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Pernambuco como
requisito para obtenção do título de bacharel em
Direito.

Aprovado em: 12/05/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior (Orientador)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof.^a Dr.^a Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega (Examinadora Interna)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo (Examinador Interno)

Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Vera, meu pai, Zilton, e minha tia, Socorro, por sempre acreditarem em mim, e pelo amor e suporte incondicionais, aos quais eu devo tudo o que tenho e sou.

Aos meus avós, Luiza, Odete, Valdeir e Vilton, e a toda minha família, por me ensinarem a persistir perante as dificuldades, sem perder de vista as pequenas coisas que fazem a vida valer à pena.

Às minhas amigas de infância, juventude e velha idade, Ingrid, Ramyres, Rhanna e Luana, por crescerem junto comigo e estarem sempre ao meu lado, apesar da distância que nos separa. Aos amigos que fiz em Recife, Ana Luísa, Beatriz, Débora, Iasmim, José, Julia, Marcel e Matheus, e todos os outros cujos nomes não constam aqui, por me acompanharem nesta jornada, e compartilharem comigo as aventuras e desventuras dos nossos dias.

À Pernambuco Model United Nations, e toda sua equipe, atual e anterior, por possibilitar a existência deste projeto que me permitiu crescer como estudante e ser humano.

Aos funcionários do Tribunal Regional Eleitoral, onde estagiei e fui acolhida durante dois anos, e que tenho como exemplos de caráter e profissionalismo.

A todos os professores que já tive, que me concederam o presente da educação, e sem os quais eu não teria chegado até aqui, e em especial ao professor Jayme Benvenuto, pelo acompanhamento e a orientação ao longo deste trabalho.

*"As guerras, as fomes, as discussões
[dentro dos edifícios
provam apenas que a vida prossegue
e nem todos se libertaram ainda."*

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

O presente trabalho estuda a definição de genocídio prevista nos artigos 1º e 2º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. O objetivo da pesquisa é realizar uma análise crítica desse conceito, identificando suas principais características, de modo a determinar se ele constitui um obstáculo para a punição efetiva do delito. Examina-se a noção de genocídio formulada por Raphael Lemkin, e, tendo como referência os trabalhos preparatórios da Convenção, o subsequente processo de elaboração desse documento no âmbito da Organização das Nações Unidas, que resulta em uma norma de considerável importância no âmbito internacional, mas cujo conteúdo é comprometido em função dos interesses políticos dos Estados. Nesse viés, apreciam-se os principais elementos que constituem o conceito legal de genocídio: a sua caracterização enquanto um crime contra o Direito Internacional; o contexto em que o crime é executado; os grupos protegidos pela Convenção; a intenção de destruir; e o rol de condutas culpáveis. Com o auxílio da melhor doutrina, é possível constatar que a definição convencional de genocídio é dotada de restrições excessivas aos seus elementos, lacunas e ambiguidades, os quais prejudicam a sua capacidade de assegurar a devida repressão desse crime.

Palavras-chave: Genocídio; Raphael Lemkin; Direito Internacional Penal; Organização das Nações Unidas; Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.

ABSTRACT

This research examines the definition of genocide provided in Articles I and II of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. The objective of the paper is to conduct a critical analysis of such a concept, identifying its main characteristics, to determine if it constitutes an obstacle to the effective punishment of the crime. It investigates the notion of genocide formulated by Raphael Lemkin, and, assisted by the *travaux préparatoires* of the Convention, the subsequent drafting process of this document within the United Nations, which devises a law of considerable international importance, but whose content is compromised in favour of the political interests of States. As such, it appraises the main elements which constitute the legal definition of genocide: its designation as a crime under international law; the context in which the crime is executed; the groups protected under the Convention; the intent to destroy; and the list of culpable acts. With the support of the works of legal scholars, it is possible to conclude that the conventional definition of genocide is marked by the excessive restriction of its elements, as well as lacunae and ambiguities which impair its ability to ensure the proper punishment of this crime.

Keywords: Genocide; Raphael Lemkin; International Criminal Law; United Nations; Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CPRCG	Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio
ECOSOC	Conselho Económico e Social das Nações Unidas
TMIEO	Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente
TMIN	Tribunal Militar Internacional de Nuremberg
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPII	Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O RECONHECIMENTO DO CRIME DE GENOCÍDIO NO DIREITO INTERNACIONAL.....	11
1.1 A criação do conceito de genocídio.....	12
1.2 A redação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio	14
2 ELEMENTOS DO CONCEITO LEGAL DE GENOCÍDIO.....	16
2.1 O genocídio como um crime contra o Direito Internacional.....	17
2.2 Genocídio e guerra.....	19
2.3 Grupos protegidos pela Convenção.....	21
2.4 O elemento subjetivo do genocídio	27
2.5 Os elementos objetivos do genocídio	33
3 O CONCEITO DE GENOCÍDIO COMO UM IMPEDIMENTO À REALIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DA CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO.....	42
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O genocídio é popularmente conhecido pelo epíteto de “o crime dos crimes” – uma atrocidade extrema, tão contrária à moralidade humana e aos valores jurídicos, que se diz ser impossível equipará-la a qualquer outro delito. Apesar disso, durante muito tempo o genocídio foi também um crime sem nome, não tipificado, sequer punido como tal. O jurista Raphael Lemkin é o responsável pela criação do termo, posteriormente adotado pela sociedade internacional, e utilizado, a princípio, para caracterizar a campanha de extermínio promovida pelo regime nazista alemão (VALENTE, 2015).

Não obstante o contexto do seu surgimento jurídico, o genocídio não figura entre os crimes punidos pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMIN; 1945–1946) e pelo Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (TMIEO; 1946–1948). Somente é afirmado como delito internacional através da Resolução 96 (I) de 1946, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU). Em 9 de dezembro de 1948, esse mesmo órgão aprova a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (CPRCG), que se torna o principal documento legal sobre a matéria (JONES, 2017).

O conceito de genocídio firmado na Convenção tem se mantido estável, sendo replicado *ipsis litteris* nos estatutos dos Tribunais Penais Internacionais e na maioria das legislações nacionais que incorporam o delito aos seus ordenamentos jurídicos. Entretanto, a despeito da sua consolidação legislativa, a definição desse crime é amplamente questionada pela doutrina. O documento final, produto de debates intensos e compromissos políticos, descreve um tipo penal restrito, composto por elementos objetivos, subjetivos, e um rol de grupos protegidos (SCHABAS, 2009).

Em virtude disso, estudiosos como Caroline Fournet (2007), Donald Bloxham e O. Pendas (2010) alegam que a CPRCG, na prática, se mostra ineficaz na prevenção e repressão do genocídio, dadas as lacunas e ambiguidades do conceito de tal delito. Dessa maneira, atrocidades em massa que deveriam ser punidas através da CPRCG não o são. Contrariamente, autores mais legalistas, como William A. Schabas (2009), entendem que a restritividade desse crime é indispensável, pois ampliar a definição apenas depreciaria a sua imperatividade.

É visando esclarecer essa matéria que a presente monografia se dedica à seguinte pergunta-problema: a definição convencional de genocídio compromete a prevenção e a punição desse crime? O objetivo principal é determinar se o conceito legal de genocídio serve de obstáculo para a realização dos propósitos da Convenção. De maneira mais específica, é

necessário estudar a criação da ideia de genocídio, bem como a sua tipificação, a fim de determinar as origens do objeto da pesquisa; analisar criticamente os elementos que compõem o crime de genocídio, para identificar os seus aspectos positivos e negativos; e averiguar se suas falhas limitam a aplicabilidade da Convenção no ordenamento jurídico internacional.

Em seu bojo, este trabalho se preocupa com a resposta que se dá às vítimas de atrocidades em massa. É justamente devido à sua escala e reprovabilidade que o último estágio do genocídio é a negação. O que sucede à destruição material de um grupo é a tentativa por parte dos genocidas de minimizar ou apagar completamente as provas de que o crime ocorreu, bem como as lembranças das suas vítimas. Mais do que a ação de indivíduos isolados, tem-se a imposição de um consenso social, através do qual se alcança o desaparecimento gradual da memória coletiva (JONES, 2017).

O paradigma legalista instaurado na ordem mundial após o fim da Segunda Guerra emerge como uma resposta, embora não incontroversa, para o clamor das vítimas pelo reconhecimento do seu martírio, o qual, em certos casos, não é igualmente possível no âmbito dos órgãos judiciais domésticos (PENDAS, 2011). A existência de obstáculos a essa tutela jurisdicional, sobretudo quando intrínsecos à própria norma, gera consequências jurídicas e sociais relevantes, de maneira que as suas possíveis causas necessitam ser estudadas.

Esta pesquisa é de caráter qualitativo, e utiliza fontes primariamente documentais, tendo como principais referências a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, a Resolução 96 (I) da AGNU, e a compilação dos trabalhos preparatórios da CPRCG realizada por Hiram Abtahi e Philippa Webb.

Recorre-se também a fontes bibliográficas para explorar o contexto de criação daquele documento, bem como as análises e críticas que lhe são feitas pela doutrina, em livros, capítulos de livros e artigos científicos. As obras de Raphael Lemkin, William Schabas, Caroline Fournet, Larry May, e Devin O. Pendas são utilizadas com maior frequência, embora outros autores também sejam importantes para a composição deste estudo.

O recorte temático da pesquisa tem como foco os artigos 1º e 2º da Convenção, os quais fornecem a definição legal do crime de genocídio. Considera-se apenas a modalidade de comissão direta do delito, de forma que os demais modos de participação, previstos no artigo 3º da mesma lei, não são investigados, por possuir especificidades que expandiriam inoportunamente o escopo do trabalho.

Da mesma maneira, a jurisprudência (inter)nacional a respeito de casos de genocídio não integra o objeto de pesquisa. A atividade dos Tribunais Penais Internacionais é abordada na conclusão, mas a ênfase do trabalho é na identificação das falhas da norma legal, ao invés

das soluções apresentadas a estas. Todavia, para isso ser possível, é necessário ir além do texto da lei para se compreender os fatores que influenciam a sua criação. Assim sendo, perscruta-se também as principais considerações políticas que norteiam as escolhas dos redatores da Convenção, através dos trabalhos preparatórios e de um olhar sobre tal contexto histórico.

A monografia se divide em três seções. A primeira delas se dedica a examinar o reconhecimento do genocídio como crime internacional, desde a criação do termo por Raphael Lemkin, até a sua rápida incorporação na legislação internacional. Antes de se estudar a Convenção, é essencial compreender as condições nas quais a noção de genocídio é criada, e o caminho que se percorreu até a aprovação do documento. Neste momento, constata-se que a definição convencional do genocídio é mais restrita que aquela concebida por Lemkin, o que é explorado mais a fundo a seguir.

A segunda seção é voltada para uma análise do conceito legal de genocídio previsto na CPRCG. São analisados os principais elementos que o constituem: a sua caracterização enquanto um crime contra o Direito Internacional; o contexto em que o crime é executado; os grupos protegidos pela Convenção; o seu *mens rea*, ou elemento subjetivo; e o seu *actus reus*, ou elemento objetivo. Além da restritividade da lei, é possível averiguar também a existência de severas lacunas e ambiguidades, que dividem a doutrina e dificultam o entendimento acerca da norma. Destas, destacam-se a limitação do rol de grupos protegidos pela Convenção, a obscuridade do elemento intencional, e a taxatividade dos elementos objetivos.

Já a terceira e última seção analisa a tensão entre as finalidades às quais a CPRCG se propõe e aquilo que, com base no seu conceito legal deste crime, ela consegue cumprir. Conclui-se que a definição de genocídio serve como um obstáculo para a prevenção e a punição efetivas desse crime. A sociedade e o meio jurídico atribuem um grande valor histórico e moral à Convenção, mas as considerações de *realpolitik* dos Estados responsáveis por sua criação debilitam o seu conteúdo, em prol do consenso necessário para que o documento seja aprovado e da preservação dos seus próprios interesses políticos.

1 O RECONHECIMENTO DO CRIME DE GENOCÍDIO NO DIREITO INTERNACIONAL

O fato histórico do genocídio é antigo, embora a sua tipificação seja recente. O ato de dar nome a este fenômeno é o primeiro passo em uma cadeia de acontecimentos que culmina com o seu reconhecimento social como o "crime dos crimes". Visando esclarecer tal processo,

a presente seção se dedica ao estudo das origens do conceito legal do genocídio, sua introdução no Direito Internacional, e, principalmente, sua criminalização através da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.

1.1 A criação do conceito de genocídio

Os estudos de Raphael Lemkin partem de uma pergunta principal: por que se pune alguém que mata um indivíduo, mas não aquele que mata grupos inteiros de pessoas? Essa indagação surge ainda em 1920, quando Lemkin estudava na Universidade de Lvov, na Polônia, país onde nasceu. Ao debater com um professor a respeito da impunidade dos responsáveis pelo genocídio armênio de 1915, Lemkin posa a mesma questão. A resposta dada é que não há lei sob a qual eles possam ser condenados, porque essas ações são sancionadas pelo Estado, o qual, enquanto ente soberano, tem autonomia absoluta dentro de seu território (FRIEZE, 2013).

Para Lemkin, essa explicação não basta. Na sua concepção, o poder soberano do Estado não autoriza o assassinato de cidadãos inocentes. Assim, em 1933, ele publica um artigo em que argumenta pela criação de dois novos delitos no direito internacional: o crime de barbárie, punindo o extermínio de grupos étnicos, sociais e religiosos; e o de vandalismo, coibindo a destruição de obras artísticas ou culturais que representam a essência de determinado povo. Segundo o autor, embora as legislações domésticas e internacional criminalizem certos atos praticados contra indivíduos e coletividades, a soma de condutas que atentam contra um grupo específico, visando dizimá-lo, é atípica (LEMKIN, 1933).

Identificando essa lacuna, Lemkin propõe a redação de uma convenção criminalizando a barbárie e o vandalismo. Ele visa incluí-los no rol de delitos como a escravidão e a pirataria, que por serem particularmente ofensivos à ordem internacional, são sujeitos à jurisdição universal. Contudo, a ideia de Lemkin não é recebida com muito entusiasmo pelas comunidades acadêmica e jurídica, e ele logo a põe de lado, dedicando-se a outras questões relativas ao direito internacional. Apenas a retoma em 1941, quando começa a ensinar na Universidade Duke, nos Estados Unidos, após ter fugido da Polônia em 1939, no início da Segunda Guerra Mundial (COOPER, 2008).

Nesta época, ele começa a analisar os decretos expedidos pelo Terceiro Reich nos territórios ocupados – que, dentre outros atos, confiscam os bens dos judeus poloneses e os obrigam a realizar trabalhos forçados –, e constata que essas leis fazem parte de uma política de extermínio promovida pela Alemanha para destruir os povos sob seu controle. Assim, violando a norma internacional, os nazistas reestruturam as fronteiras da Europa, conduzindo assassinatos e deportações em massa e suprimindo outras culturas, para consumir o ideal racial

alemão em todo o continente. Apesar de ainda não conhecer plenamente a extensão daquelas atrocidades, Lemkin apreende logo a intenção de Hitler (COOPER, 2008).

Este é o objeto de estudo do livro *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, escrito por Lemkin e publicado em 1944. Nele, destaca-se o capítulo nono, intitulado *Genocídio*, em que o autor propõe a criação de um novo termo para identificar uma prática antiga – a coordenação de um plano de ações voltadas para a destruição dos fundamentos essenciais de um grupo nacional ou étnico, visando a sua aniquilação (LEMKIN, 1944).

Ele concebe a palavra "genocídio" com base no termo grego *genos*, que significa raça ou tribo, e no latim *cide*, que significa matar. De acordo com Lemkin, o genocídio é dividido em duas fases: na primeira, há a destruição do padrão nacional do povo oprimido; e na segunda, há a imposição do padrão nacional do povo opressor, em um processo de caráter político, social, cultural, econômico, biológico, físico, religioso e moral (LEMKIN, 1944).

Lemkin afirma que as legislações domésticas e as Convenções de Haia, que tratam das leis e crimes de guerra, mostram-se insuficientes para punir genocídios, de modo que estes devem ser expressamente proibidos pela lei internacional – não só em tempos de guerra, como também em tempos de paz. Portanto, urge novamente que seja redigido um tratado internacional multilateral, capaz de proteger os grupos perseguidos e punir, universal e individualmente, os responsáveis por ordenar e executar genocídios (LEMKIN, 1944).

Dessa vez, a recepção à tese de Lemkin é positiva desde o início. Críticas favoráveis lhe são dispensadas em periódicos científicos, jornais e revistas, e o conceito de genocídio logo ganha ímpeto nas discussões políticas e jurídicas da época. Lemkin começa a trabalhar para o governo dos Estados Unidos em 1945, ocupando-se de questões relativas à guerra, e aproveita a oportunidade para informar políticos e juristas sobre suas ideias (COOPER, 2008).

O êxito da obra de Lemkin pode ser observado na sua menção durante os procedimentos conduzidos no Tribunal de Nuremberg, formado através do Acordo de Londres (1945) após o fim da Segunda Guerra pelo bloco dos Aliados – Estados Unidos, França, Grã-Bretanha e União Soviética – para julgar os crimes cometidos pelo alto escalão nazista. O termo genocídio figura em indiciamentos do TMIN, e é mencionado pela acusação em algumas ocasiões ao longo dos julgamentos. Contudo, por ainda não constituir um tipo penal, não consta nas sentenças proferidas pela Corte (SCHABAS, 2009).

Os esforços de Lemkin pelo reconhecimento internacional do conceito de genocídio se intensificam com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945. Ele esboça um plano para a redação de um tratado para combater o genocídio, e conduz um *lobby* intenso

perante membros das Nações Unidas para convencê-los do seu projeto. Lemkin vai gradativamente conquistando o apoio dos delegados, e consegue que a matéria seja introduzida na agenda do Sexto Comitê da ONU, o qual se encarrega das questões legais da Assembleia Geral. A partir desse momento, o genocídio se torna uma pauta oficial no âmbito das Nações Unidas (COOPER, 2008).

1.2 A redação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio

O processo de redação da CPRCG ocorre entre 1946 a 1948, e perpassa debates prolíficos em diferentes órgãos da ONU e múltiplos rascunhos até a aprovação do documento final. A norma internacional sobre o genocídio assume a forma de uma convenção, termo que é sinônimo de tratado, e que designa um acordo multilateral entre Estados, o qual constitui fonte escrita de Direito Internacional. As convenções produzem efeitos jurídicos entre os contratantes, vinculando-os aos seus termos (CARREAU; BICHARA, 2015).

A primeira etapa da tipificação do crime de genocídio é a aprovação da Resolução 96 (I) pelo Sexto Comitê. As delegações de Cuba, Índia e Panamá, responsáveis pela inclusão do tópico na agenda, propõem um rascunho de resolução sobre o genocídio. Nele, declara-se que o genocídio, que é a negação do direito de existência de grupos inteiros, tal como o homicídio é a negação do direito à vida de indivíduos, possui consequências especialmente nocivas para toda a humanidade (SCHABAS, 2009).

A Resolução 96 (I), adotada unanimemente pela AGNU no dia 11 de dezembro de 1946, afirma que o genocídio é um crime contrário ao Direito Internacional, e que os indivíduos que o cometem são criminalmente responsáveis por seus atos. Dessa forma, restringe-se a responsabilidade penal a pessoas físicas, sejam elas pessoas privadas ou agentes estatais (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 1946).

As resoluções da Assembleia Geral manifestam formalmente a opinião ou vontade deste órgão. Apesar de não expressarem o mesmo poder vinculante que uma convenção, elas possuem um valor normativo, que indica os princípios e costumes correntes à época da sua adoção (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1996). Além disso, exercem uma função interna, visto que através da Resolução 96 (I), a Assembleia solicita que o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) examine tal matéria, para redigir uma convenção sobre o crime de genocídio.

A partir desse momento, o projeto para uma convenção sobre o genocídio tramita por diversos órgãos da ONU, sendo produzidos três rascunhos do documento. O primeiro deles é o

rascunho do Secretariado, redigido pelo seu Conselho de Direitos Humanos, e alterado pelo Sexto Comitê. Esse documento não é posto à votação pelos Estados (SCHABAS, 2009).

Já o segundo rascunho é elaborado por um Comitê *Ad Hoc* criado pelo ECOSOC. Aqui, utiliza-se o rascunho proposto pela delegação chinesa como texto-base, mas se considera o conteúdo produzido pelo Conselho de Direitos Humanos, bem como os comentários e rascunhos alternativos apresentados pelos Estados-membros (SCHABAS, 2009).

O documento do Comitê *Ad Hoc* é encaminhado para a Assembleia Geral. Em seu texto, prevê que:

Artigo II – Nesta Convenção, genocídio significa quaisquer dos seguintes atos deliberadamente cometidos com a intenção de destruir um grupo nacional, racial, religioso ou político, em função da origem nacional ou racial, crença religiosa, ou opinião política de seus membros:

- (1) matar membros do grupo;
 - (2) lesionar a integridade física de membros do grupo;
 - (3) infligir a membros do grupo medidas ou condições de existência visando causar a sua morte;
 - (4) impor medidas direcionadas a impedir os nascimentos no seio do grupo.
- (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 1155, tradução da autora)¹

O rascunho é remetido pela AGNU ao Sexto Comitê, onde passa por uma análise de artigo por artigo, produzindo-se o terceiro e último rascunho da Convenção. Este é o momento em que são conduzidas as discussões mais substanciais sobre o conceito legal de genocídio, que serão abordadas na seção seguinte.

Os debates no Sexto Comitê encerram com o procedimento de votação, que aprova a Convenção com trinta votos a favor, nenhum contra, e oito abstenções. O rascunho é enviado à Assembleia Geral, e dois dias depois, em 11 de dezembro de 1948, é adotada unanimemente a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (SCHABAS, 2009). Com a sua adoção, os Estados expressam o consenso sobre o texto final do documento, embora ainda não o reconheçam como norma jurídica vinculante (MAZZUOLI, 2015).

A partir de então, inicia-se uma campanha internacional pela ratificação da Convenção, através da qual a mais alta autoridade do Estado confirma a obrigatoriedade de execução do tratado (MAZZUOLI, 2015). Organizações, entidades privadas e indivíduos, dentre os quais

¹ No original: "Article II – In this Convention genocide means any of the following deliberate acts committed with the intent to destroy a national, racial, religious or political group, on grounds of the national or racial origin, religious belief, or political opinion of its members:

- (1) killing members of the group;
- (2) impairing the physical integrity of members of the group;
- (3) inflicting on members of the group measures or conditions of life aimed at causing their deaths;
- (4) imposing measures intended to prevent births within the group." (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 1155)

Raphael Lemkin é um dos proponentes mais expressivos, buscam persuadir os Estados a ratificar o documento, de modo a atingir o mínimo de 20 adesões necessárias para que a Convenção entre em vigor, conforme os termos do seu artigo 13 – o que ocorre em 16 de outubro de 1950. Hoje, o tratado possui 41 signatários e 152 Estados Partes (COOPER, 2008; UNITED NATIONS, 2022).

No Parecer Consultivo de 28 de maio de 1951, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) elucida a questão das reservas à CPRCG. A Corte conclui, com base nos trabalhos preparatórios, que apesar de não haver previsão expressa no documento sobre as reservas à sua assinatura pelos Estados, elas são permitidas, desde que compatíveis com o objeto e o objetivo da Convenção. Assim, os Estados podem alterar os efeitos legais ao aplicar determinadas provisões. Dos 152 Estados Partes, 21 impõem reservas à CPRCG (SCHABAS, 2009).²

Apesar disso, a definição legal de genocídio tem se mantido imutável, principalmente no âmbito global. Os Estatutos do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPII), do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) e do Tribunal Penal Internacional (TPI) reproduzem literalmente o conceito posto pela Convenção, exprimindo a sua consolidação na ordem jurídica internacional.

Conclui-se assinalando que a CPRCG contém uma ideia de genocídio mais restrita do que aquela concebida por Lemkin. Esta definição legal é produto de um compromisso entre Estados, em que os elementos inclusos são aqueles que podem ser acordados por parte de agentes políticos que possuem interesses próprios vastamente heterogêneos, e que não ratificariam um documento contrário a estes. As consequências dessas escolhas se tornam cada vez mais claras com o passar do tempo, e serão melhor avaliadas nas seções seguintes.

2 ELEMENTOS DO CONCEITO LEGAL DE GENOCÍDIO

Uma vez examinado o processo de concepção e criminalização do crime de genocídio, cabe agora investigar o conceito desse tipo penal, posto pela CPRCG tal como se segue:

Artigo I – As Partes Contratantes confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, que elas se comprometem a prevenir e a punir.

² Destes, o único que impõe reservas ao conceito de genocídio são os Estados Unidos. O Senado deste país, no ato de ratificação do tratado, delimita o entendimento acerca de dois elementos do artigo 2º – a intenção de destruir, expressa no *caput*, e a noção de lesão grave à integridade mental da vítima, contida no parágrafo (b) (SCHABAS, 2009; UNITED NATIONS, 2022).

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, 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 de grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. (BRASIL, 1952)

Assim, a presente seção estuda, com base nos artigos 1º e 2º da Convenção, os elementos que compõem o genocídio: a identificação do genocídio como crime internacional; a relação entre o genocídio e o contexto de guerra; os grupos aos quais é concedida a proteção legal; o elemento mental, ou *mens rea* do genocídio; e as condutas culpáveis, ou o *actus reus* desse crime. O objetivo é realizar uma análise crítica desta definição legal, apontando seus aspectos positivos e negativos, conforme percebidos pela doutrina.

2.1 O genocídio como um crime contra o Direito Internacional

A CPRCG tem como finalidades prevenir e punir o genocídio, o qual é caracterizado como um crime contra o Direito Internacional. Como tal, ela visa proteger não somente os grupos ou os indivíduos que os compõem, mas também os interesses de toda a humanidade. Sua previsão legal é criada para que a sociedade internacional possa oferecer uma resposta às condutas de especial gravidade que ameaçam a paz e a ordem globais (METTRAUX, 2019).

A responsabilização penal de indivíduos pela norma internacional é um fenômeno recente. O fim da Segunda Guerra Mundial é o marco para a adoção de um paradigma legalista que visa conter, através das instituições internacionais, a violência em massa, e assegurar a proteção dos direitos humanos e a promoção da paz global (PENDAS, 2011).

O Estatuto do Tribunal de Nuremberg reconhece a existência de três crimes internacionais: os crimes contra a paz, os crimes de guerra, e os crimes contra a humanidade. Com a criação da CPRCG, o genocídio se junta a esse índice, e gradativamente, desenvolve-se um corpo de normas e princípios internacionais orientados a regular e viabilizar a punição de tais delitos (METTRAUX, 2019).

No entanto, é pacífico o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que a repressão ao crime de genocídio não advém somente da lei. Isso porque se reconhece que a proibição ao genocídio é uma regra de *jus cogens*, ou seja, uma norma não convencional imperativa (MAZZUOLI, 2015).

Este conceito emerge na comunidade acadêmica e jurídica ao final da década de 1960.³ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, é o primeiro diploma legal a tratar das normas de *jus cogens* – embora hoje o instituto transcenda os seus limites. Nela, diz-se que:

Artigo 53 – É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (BRASIL, 2009)

Dessa forma, tem-se que a principal característica das regras de *jus cogens*, ou peremptórias, é a insusceptibilidade de derrogação pelas partes, que não podem contrariá-las de modo algum. Conforme nota Valerio Mazzuoli (2015, p. 180), "em princípio, toda norma jurídica é obrigatória, mas nem todas são imperativas, como é o caso do *jus cogens*". Como consequência, conforme visto no dispositivo citado acima, uma norma de *jus cogens* apenas por ser revogada por outra norma peremptória posterior.

Assim, percebe-se que essa espécie normativa é universal, e hierarquicamente superior até mesmo aos tratados e costumes internacionais. Nesse sentido, o artigo 64 da Convenção de Viena prevê que "se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se" (BRASIL, 2009).

A noção de normas peremptórias apenas é desenvolvida após 1948, não sendo, por conseguinte, mencionada explicitamente pelos redatores da CPRCG. De modo geral, as discussões a respeito da qualificação do genocídio como crime contra o Direito Internacional são insubstanciais, e pouco se aprofundam nas consequências das obrigações advindas do artigo 1º (TAMS; BERSTER; SCHIFFBAUER, 2014).

Não obstante, há indícios de que os redatores associam o crime de genocídio, conforme expresso na Convenção, às qualidades de uma norma de *jus cogens*. O uso da palavra "confirmam", na frase "as Partes Contratantes *confirmam* que o genocídio [...] é um crime contra o Direito Internacional", implica que esse status legal do genocídio antecede a existência

³ Todavia, suas raízes remontam a tempos muito mais antigos. Antonio Gómez Robledo (2003) associa a ideia de inderrogabilidade da norma ao *jus publicum* romano, e à noção de aplicação inflexível das leis de interesse público. Por outro lado, também liga o conceito às origens do Direito Internacional Público, relembrando a conexão entre o *jus cogens* e o direito natural, e tendo como base as obras de autores como Francisco de Vitória e Hugo Grócio.

de uma norma convencional sobre o assunto (BRASIL, 1952; TAMS; BERSTER; SCHIFFBAUER, 2014).

Sem embargo, isso não implica que a CPRCG possa ser aplicada retroativamente para fatos que precedem sua adoção. Isso porque há uma distinção entre a proibição ao genocídio, de caráter costumeiro, e reconhecida pela Convenção; e os termos contidos no tratado, que não encerram a universalidade das normas peremptórias. Logo, enquanto estas são atemporais, as obrigações determinadas pela lei escrita apenas são exigíveis a partir da sua entrada em vigor no ordenamento jurídico internacional (TAMS; BERSTER; SCHIFFBAUER, 2014).

Com a incorporação da norma de *jus cogens* à CPRCG, tem-se que o dever que a Convenção impõe aos Estados de prevenir e punir o crime de genocídio no presente e no futuro é absoluto. Não só isso, como além da proibição ao genocídio ser uma regra de *jus cogens*, também é *erga omnes*, ou seja, oponível a todos. Desse modo, todo Estado possui o interesse legal de obedecer a tal norma, ainda que a violação não o afete diretamente, ou que sua legislação doméstica não tipifique o genocídio (BASSIOUNI, 1996; WOUTERS; VERHOEVEN, 2005).

Portanto, percebe-se que este segmento do primeiro artigo da Convenção introduz as bases do conceito legal de genocídio, determinando seu status enquanto crime internacional, as finalidades deste diploma normativo, e a obrigação dos Estados de cumpri-lo, embora a expressão desta responsabilidade reste incerta.

2.2 Genocídio e guerra

O art. 1º da CPRCG também afirma que o genocídio pode ser cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra. O vínculo entre esse crime e a guerra é marcante, especialmente quando se analisa a história do século XX. Nesse período, os avanços tecnológicos e a conjuntura política viabilizam a realização de massacres em massa em uma escala nunca atingida. Embora o genocídio não seja um fenômeno novo, o caráter predominantemente exterminatório da perseguição a grupos certamente o é, em especial nos números de vítimas constatados desde então (BARTROP, 2002).

A guerra oferece condições propícias para a condução de atividades genocidas, as quais podem ser mais facilmente camufladas em meio à violência típica dos conflitos. Elementos que compõem esse contexto, como a despersonalização do sujeito, a violência social, a extensão do poder governamental e a alienação de grupos de vítimas contribuem para os massacres em massa (BARTROP, 2002).

Ademais, visto que civis, e não soldados, são as maiores vítimas das agressões militares desde o século passado, torna-se ainda mais difícil diferenciar entre os atos de guerra e os atos de genocídio, e, portanto, de punir os culpados adequadamente. Desse modo, verifica-se, na prática, que genocídios e conflitos armados encontram-se frequentemente associados (BARTROP, 2002).

Ainda assim, a consecução desse crime não está restrita a um contexto de guerra. Paul Bartrop (2002) cita como exemplo os genocídios dos hereros, na Namíbia, entre 1904 e 1907, e dos armênios, no Império Otomano, em 1915. Ambos os casos não ocorrem em meio a um conflito armado ativo entre os exterminadores e os exterminados, mas são produto de uma série de circunstâncias prévias que motivam e oportunizam a realização de tais massacres, mesmo em tempo de paz. Dentre elas, há as chances de sucesso e de impunidade, consideradas no planejamento do crime.

Dessa forma, o genocídio não é intrinsecamente vinculado à guerra, e pode acontecer em qualquer lugar, a qualquer momento, quando há uma confluência de fatores (BARTROP, 2002). De fato, a inclusão da possibilidade de se cometer um genocídio em tempos de paz é um dos motivos que impulsiona a criação da CPRCG, pois se identifica a oportunidade de evitar, no futuro, aquilo que é visto como um erro cometido em Nuremberg, que é a impossibilidade de o Tribunal julgar os crimes cometidos pelos nazistas no período anterior ao início oficial da Segunda Guerra Mundial, em setembro de 1939, por ocorrerem em tempos de paz.

Ainda assim, o texto da Resolução 96 (I) não inclui nenhuma menção ao contexto no qual o genocídio é cometido (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 1946). A primeira instância em que esse elemento é suscitado durante a redação da CPRCG é em um memorando submetido à Assembleia Geral pelo representante da França. Nele, sugere-se o acréscimo ao rascunho da previsão de que o genocídio pode ser perpetrado em tempo de paz e em tempo de guerra. O mesmo ponto é igualmente instigado pelo representante da Polônia (ABTAHI; WEBB, 2008).

Algumas delegações, como as do Brasil e dos Países Baixos, consideram a expressão supérflua, e a União Soviética aconselha sua transferência para o preâmbulo. No final das contas, entretanto, os representantes entram em consenso, e adota-se a emenda proposta pelo Reino Unido. Dessa forma, o artigo 1º da Convenção afirma que "o genocídio, *quer cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra*, é um crime contra o Direito Internacional" (ABTAHI; WEBB, 2008).

A inclusão de tal elemento ao conceito legal de genocídio também é essencial para diferenciar este delito daqueles contidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, quais sejam,

os crimes contra a paz, os crimes de guerra, e os crimes contra a humanidade – especialmente no que diz respeito a este último (METTRAUX, 2019).

Como mencionado em seção anterior, os redatores da CPRCG evitam caracterizar o genocídio como uma espécie de crime contra a humanidade para impedir uma confusão entre ambos. Tal decisão é baseada, ao menos em parte, no fato de já ter sido incluído no rascunho que o genocídio pode ser cometido em tempos de paz. Considerando que os crimes contra a humanidade são, à época, exclusivamente associados a um contexto de guerra, vincular o tipo do genocídio àqueles resultaria na sobreposição de ambos os delitos. Assim, opta-se por qualificar o genocídio como "um crime contra o Direito Internacional", o que vale tanto na guerra quanto na paz (ABTAHI; WEBB, 2008).

2.3 Grupos protegidos pela Convenção

O bem jurídico resguardado pela Convenção é, em primeiro lugar, a vida em comum de um grupo de pessoas (FRAGOSO, 1973). O art. 2º tipifica como genocídio os atos que visam a destruição "de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal" (BRASIL, 1952). Assim, o documento limita seu âmbito de aplicação, de forma que não são todos os grupos que podem ser vítimas de genocídio, mas apenas os quatro protegidos. Esse é um dos aspectos mais controversos da CPRCG, dividindo as opiniões de especialistas até hoje.

Parte do problema surge do fato de que grupos, enquanto entes sociais, são de difícil definição, e grupos específicos, de categorização incerta. A compreensão que se tem desses conceitos em 1948 não é a mesma que se tinha 300 anos antes, quando a Paz de Vestfália (1648) assegurou a proteção contra a perseguição de minorias religiosas; sequer é a mesma que se tem hodiernamente, após décadas de desenvolvimento das ciências sociais e do sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Na concepção de Raphael Lemkin, o genocídio tem como alvo principal os grupos nacionais, entendidos como povos ou nações. Em suas palavras, "essencialmente, a ideia de uma nação exprime uma cooperação construtiva e contribuições originais, baseadas em tradições genuínas, em uma cultura genuína, e uma psicologia nacional bem desenvolvida" (LEMKIN, 1944, p. 91).⁴

Essa noção, pautada nos tratados sobre minorias criados no período entre guerras e no contexto da Segunda Guerra, abrange igualmente os judeus, apesar de não serem, no sentido estrito, uma nação. Lemkin também menciona grupos religiosos, raciais e sociais. Com base

⁴ No original: "Essentially the idea of a nation signifies constructive cooperation and original contributions, based upon genuine traditions, genuine culture, and a well-developed national psychology." (LEMKIN, 1944, p. 91)

nisso, é possível arguir, como o faz Schabas (2009), que Lemkin não enumera tais grupos com a finalidade de os distinguir ou divorciar, restringindo-os a significados próprios, mas sim, de modo a uni-los, como elementos que podem compor um ideal amplo e único do que constitui a identidade de um grupo.

Esse argumento está alinhado ao conceito heterogêneo de "minorias" que predomina nesta época, e pauta os debates acadêmicos e políticos sobre a proteção a grupos perseguidos. A dificuldade de destrinchar uma ideia turva com essa está bem ilustrada nos debates realizados durante a redação CPRCG, onde o consenso é um objetivo arduamente atingido.

Vale mencionar que embora a categorização dos grupos seja um tópico contencioso na gênese do crime de genocídio, a definição do que consiste em um grupo não é examinada a fundo durante as discussões. A questão é, contudo, abordada por acadêmicos como Larry May e Caroline Fournet, que trazem visões díspares a respeito da percepção social sobre a sua constituição.

Larry May (2010) adota uma abordagem nominalista, segundo a qual um grupo, que é composto por indivíduos que possuem atributos em comum e que agem em conjunto, somente é reconhecido como um agente próprio quando apreendido como tal por seus membros e por observadores. No caso do crime de genocídio, a caracterização do grupo não enfatiza a chance de ação conjunta da coletividade de indivíduos, mas sim, a possibilidade da sua destruição, que atinge mais do que a destruição física de seus membros, dizimando também a sua forma. A forma, nesse sentido, é o elemento que os une, devendo ser estável e reconhecível interna e externamente ao grupo.

Por outro lado, Caroline Fournet (2007) defende que, no contexto da CPRCG, a existência do grupo é inteiramente subjetiva, definida na mente do perpetrador do delito. Para a autora, a especificidade do crime de genocídio não resta na identidade racial de determinado grupo, mas sim, no processo de racialização efetuado pelos agentes genocidas. Dessa maneira, a demarcação do grupo é realizada através da criação de uma identidade artificial pelos genocidas, que faz parte do processo mais amplo de desumanização dessas pessoas, através do qual o genocídio é consumado.

A abordagem realizada por Fournet é minoritária entre os estudiosos. Enquanto isso, o critério utilizado por May, que é simultaneamente objetivo e subjetivo, reflete a tendência atual dos tribunais e da maioria da doutrina. Essa interpretação supera o paradigma exclusivamente objetivo adotado pelos redatores da Convenção, conforme visto nos trabalhos preparatórios, e que hoje se mostra insuficiente do ponto de vista sociológico, por não conseguir refletir a complexidade da construção da identidade dos grupos (SCHABAS, 2010).

Isso posto, analisa-se agora o debate sobre a inclusão ou exclusão de grupos durante a redação da CPRCG. As delegações têm como ponto de partida a definição de genocídio apresentada na Resolução 96 (I), segundo a qual o crime de genocídio abrange a destruição de grupos "raciais, religiosos, políticos, entre outros" (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 1946). Destes, apenas os grupos raciais e religiosos se mantêm na Convenção, enquanto os políticos, bem como aqueles não listados, são descartados pelos redatores.

No rascunho do Secretariado, o texto enumera os grupos "raciais, nacionais, linguísticos, religiosos ou políticos". Há, portanto, a exclusão da referência a outros grupos, bem como a inclusão de grupos nacionais e linguísticos. Já no Sexto Comitê, determina-se a necessidade de restringir e delimitar o rol do art. 2º. Diversas delegações manifestam a opinião de que a Convenção apenas deve incorporar grupos permanentes e estáveis, cujo pertencimento de seus membros não depende de uma decisão individual sobre o desejo de integrá-los (FOURNET, 2007).

Na visão de William Schabas (2009), a versão final do documento traz um rol de grupos protegidos coeso, em que as definições se sobrepõem e complementam. Assim, cada um constitui um ângulo que delimita a área de grupos resguardados na Convenção. O termo "étnico" é acrescentado para evitar a confusão entre grupos nacionais e políticos, enquanto o vocábulo "linguísticos" é retirado, porque não se mostra tão expressivo e relevante quanto os demais. Logo, em sua concepção, a busca por sentido autônomo para cada item debilita o significado pleno e único que juntos eles constroem. Apesar disso, a doutrina ainda se dedica a compreender a ideia transmitida por cada termo que compõe a definição convencional de genocídio, seja para interpretá-los como um conjunto, ou como elementos autônomos.

O primeiro dos grupos protegidos pelo art. 2º é o grupo nacional. Nesse viés, a nacionalidade não é representada pelo vínculo ao território de um Estado, e sim, pelo pertencimento a uma comunidade com atributos históricos e culturais próprios. São equiparados, portanto, ao que se conhece no início do século XX na Europa como minorias nacionais, protegidas por um sistema próprio criado pela Liga das Nações. Depreende-se, com base nisso, que a ideia de grupo nacional contida na Convenção é ampla, e engloba também os grupos raciais, étnicos e religiosos (SCHABAS, 2009).

Tal correspondência é especialmente útil para o esclarecimento do conceito de grupo racial, que apesar de ter sido o menos questionado pelas delegações durante a redação do documento, hoje é amplamente considerado anacrônico. O termo "raça", através do qual se classifica pessoas com base em um conjunto de características fenotípicas e genotípicas, tornou-

se obsoleto no campo das ciências sociais, dada sua relevância restrita e o seu uso transviado para justificar fenômenos como a escravidão e o colonialismo (SCHABAS, 2009).

Não obstante, a expressão ainda é comumente utilizada nos meios sociais e jurídicos, e aparece em outros tratados internacionais importantes, tal como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966. É possível argumentar, assim, que a CPRCG também fornece aos grupos raciais o sentido genérico atribuído à ideia de minorias (SCHABAS, 2009).

De maneira similar, a noção de grupos étnicos se sobrepõe às demais. Conforme mencionado anteriormente, o termo é adicionado ao rascunho da Convenção para dar um conteúdo específico à ideia de grupos nacionais, divorciado daquele atribuído aos grupos políticos. Desse modo, os primeiros se aproximam também à noção de raça, à qual a etnia é, para os redatores do documento, intrinsecamente ligada (SCHABAS, 2009).

Por fim, a Convenção também concede proteção aos grupos religiosos. Algumas delegações, como o Reino Unido, questionam tal categoria, alegando que ela não se adequa ao critério de permanência e estabilidade, já que é, afinal, uma associação voluntária de indivíduos. Sem embargo, a maioria dos representantes no Sexto Comitê optam por manter a previsão já contida na Resolução 96 (I), dada sua associação análoga com grupos étnicos ou nacionais constituída nos tratados sobre minorias celebrados após a Primeira Guerra (SCHABAS, 2009).

Esta é a enumeração exaustiva de grupos protegidos pela CPRCG. Para Schabas (2009), o caráter restritivo de tal previsão normativa é essencial. Segundo o autor, a análise dos trabalhos preparatórios torna evidente a intenção dos redatores da Convenção de limitar a aplicabilidade do documento a apenas esses grupos.

Desse modo, estes são elevados a um *status* único, superior ao dos demais, pois se considera que a sua aniquilação é especialmente depreciativa para o valor de toda a humanidade. Para mais, Schabas mantém que ampliar o escopo da Convenção, não só no que diz respeito aos grupos, seria diluir a sua eficácia e coercibilidade. Nesse sentido:

Ataques contra grupos estabelecidos com base na sua raça, nacionalidade, etnia ou religião têm sido elevados, pela Convenção de Genocídio, ao ápice das atrocidades contra os direitos humanos, e com boa razão. A definição é, de fato, estrita, mas a história recente tem refutado a alegação de que ela era limitada demais para qualquer aplicação prática. A definição, pela sociedade, de um crime tão hediondo que sua ocorrência é inversamente rara é a prova do valor de uma formulação tão precisa. Diluir a definição, seja através de uma emenda formal aos seus termos, ou de uma interpretação extravagante do texto existente, corre o risco de trivializar o horror

sentido quando o verdadeiro crime é cometido. (SCHABAS, 2009, p. 133, tradução da autora)⁵

Por conseguinte, Schabas se mostra contrário à inclusão de outros grupos sob a proteção da CPRCG, inclusive no que diz respeito aos grupos políticos. Nota-se que estes estão presentes na Resolução 96 (I), bem como nos primeiros rascunhos apresentados durante o processo de escrita da Convenção, mas que são eventualmente excluídos do documento final. Para ele, bem como para os redatores da CPRCG, tais grupos não possuem a mesma estabilidade, homogeneidade e especificidade dos demais, como é o caso dos grupos raciais, por exemplo, que são caracterizados por critérios biológicos imutáveis. Por não serem permanentes, e dependerem da escolha de filiação por parte de seus membros, não merecem a mesma proteção concedida aos grupos nacionais, étnicos, raciais e religiosos (SCHABAS, 2009; JONES, 2017).

Além disso, Schabas ressalta que a exclusão de grupos políticos não equivale à autorização do seu extermínio, posto que eles são protegidos internacionalmente pelas normas relativas aos crimes contra a humanidade (SCHABAS, 2009).

Raphael Lemkin também é contra a presença de grupos políticos no conceito de genocídio, tanto por causa da mutabilidade destes, quanto devido ao caráter polêmico do tópico, que põe em risco a aprovação da CPRCG. De fato, a análise dos trabalhos preparatórios evidencia que a decisão dos delegados por excluir esses grupos do rascunho é produto de uma série de compromissos políticos, visando o sucesso da proposta, bem como a proteção dos interesses dos governantes de diversos Estados (SCHABAS, 2009).

Este último aspecto é enfatizado na análise realizada por estudiosos que adotam um entendimento contrário ao de William Schabas, ou seja, favoráveis à inclusão de grupos políticos na Convenção, como é o caso de Caroline Fournet e Beth Van Schaack. Para Fournet (2007), o argumento sobre a instabilidade da existência dos grupos políticos não é convincente, em especial porque os demais grupos elencados no art. 2º também não são estáveis ou permanentes. Ela aponta, inclusive, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada no dia seguinte à CPRCG, reconhece o direito individual de mudar a nacionalidade e a religião.

Na sua concepção, o objetivo principal dos redatores da Convenção é preservar a liberdade que os governantes têm de eliminar seus opositores políticos sem se submeter a

⁵ No original: "Attacks on groups defined on the basis of race, nationality, ethnicity and religion have been elevated, by the Genocide Convention, to the apex of human rights atrocities, and with good reason. The definition is a narrow one, it is true, but recent history has disproven the claim that it was too restrictive to be of any practical application. For society to define a crime so heinous that it will occur only rarely is testimony to the value of such a precise formulation. Diluting the definition, either by formal amendment of its terms or by extravagant interpretation of the existing text, risks trivializing the horror of the real crime when it is committed." (SCHABAS, 2009, p. 133)

intervenção externa. A extensão desse pensamento permite concluir que, ao se admitir que a inclusão de grupos políticos no art. 2º pode prejudicar a aprovação do documento, implica-se dizer que "os Estados queriam manter aberta a possibilidade de cometer genocídio contra seus próprios cidadãos, com base na simples asserção de que eles não eram membros dos grupos legalmente protegidos" (FOURNET, 2007, p. 53, tradução da autora).⁶

Fournet também contesta o argumento de que os crimes contra a humanidade absorvem as situações de extermínio de grupos não abrangidos pela norma relativa ao genocídio, que é sustentado mesmo durante a redação da CPCG. Para a autora, isso implica no reconhecimento por parte dos delegados da possibilidade que um genocídio ocorra contra grupos alheios àqueles elencados, mas que eles ainda assim não merecem a proteção da Convenção (FOURNET, 2007).

Não só isso, como a eficácia do tipo dos crimes contra a humanidade é menor em 1948 do que nos tempos atuais, pois como já se mencionou, tal delito só era reconhecido em um contexto de guerra. Assim, há a aceitação tácita por parte dos redatores da Convenção de que atos dessa natureza podem permanecer impunes. Mesmo hoje, apesar da exclusão de grupos diversos não significar a legalização de atos genocidas, não há motivo plausível para se processar um genocídio como se fosse outro crime (FOURNET, 2007).

Defende-se, nesta perspectiva, que a enumeração exaustiva do art. 2º, limitada aos grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos, impede o processamento e a condenação eficazes do crime de genocídio. Além disso, Fournet não considera a obscuridade da definição de tais grupos como sinal da sua complementaridade, tal como Schabas, optando por criticar sua ambiguidade e incerteza, incabíveis em um crime como esse. Ela assevera, afinal, que qualquer menção a grupos específicos deve ser eliminada do conceito de genocídio, por ser incompatível com os objetivos da Convenção (FOURNET, 2007).

Beth Van Schaack (1996) também questiona os motivos para a exclusão de grupos políticos do âmbito de aplicação da CPRCG. Em sua análise dos trabalhos preparatórios, constata que além dos delegados atuando em prol da retirada do termo pelos motivos já apontados, há também aqueles pleiteando a sua manutenção. O representante dos Países Baixos lembra que os nazistas destruíram muitas pessoas em função da sua orientação política, como no caso de membros de partidos comunistas e socialistas.

Ademais, outros representantes notam que, à época da elaboração da Resolução 96 (I), Estado algum se manifestou contra a inserção de grupos políticos, e que não faz sentido as

⁶ No original: "[In other words], states wanted to keep a possibility to commit genocide against their own citizens by simply asserting that they were not members of groups conventionally protected." (FOURNET, 2007, p. 53)

Nações Unidas deixarem de condenar em 1948 o que reprovaram em 1946. Portanto, para a autora, a supressão de tais grupos da CPRCG isenta os governantes de serem acusados pelo crime que eles têm mais probabilidade de cometer: o extermínio de grupos que representam uma ameaça política ao seu poder (VAN SCHAACK, 1996).

Percebe-se, dessa forma, que as principais razões para a restrição dos grupos protegidos pela CPRCG não são jurídicas, mas políticas. Ao mesmo tempo, os contornos dados aos quatro grupos previstos no artigo 2º, e à própria noção de grupo humano, são vagos e imprecisos, sendo atrelados à ideia incipiente de "minorias raciais" que vigorava à época. Para William Schabas, tal imprecisão é um benefício, pois permite que o significado de cada grupo seja construído tendo como referência os demais.

Contudo, adota-se aqui a perspectiva de Fournet e Van Schaack, que rechaça tanto a limitação do rol de grupos protegidos quanto a vagueza dos termos. Isso porque a obscuridade nega o próprio sentido da taxatividade, tornando ainda mais difícil a adequação de um grupo aos limites incertos e arbitrários impostos pela norma. Como consequência, há a exclusão dos demais grupos humanos do escopo da lei sobre o genocídio, sem qualquer justificativa moral ou juridicamente plausível. Considera-se esta como uma das suas falhas basilares, embora não seja a única, como se verá a seguir.

2.4 O elemento subjetivo do genocídio

A doutrina, a jurisprudência, e os próprios redatores da CPRCG asseveram que o elemento subjetivo – ou *mens rea* – é a principal característica do crime de genocídio, distinguindo-o de todos os outros delitos. No texto do artigo 2º da Convenção, ele é declarado como a prática de "qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo [...]" (BRASIL, 1952).

Essa frase indica a existência de dois elementos mentais distintos que qualificam o genocídio: o dolo genérico e o dolo específico. O dolo, de modo geral, relaciona-se com a expressão da vontade do agente dirigida a um determinado fim. Dessa forma, o agente deve ter a consciência de que realiza a conduta descrita no tipo penal, a qual efetua intencionalmente, aceitando seus resultados (BRANDÃO, 2015).

Sua espécie mais comum é o dolo genérico, que traduz a intenção do agente de praticar uma conduta típica – matar, lesionar, etc. Está vinculado, portanto, ao rol de atos que constituem o genocídio contidos nos cinco parágrafos do artigo 2º da CPRCG, que serão analisados na seção seguinte (AMBOS, 2009).

Todavia, o dolo genérico, por si só, não qualifica o crime de genocídio, já que as condutas descritas nos elementos objetivos do tipo podem caracterizar crimes autônomos. A princípio, o ato de "matar membros do grupo", por exemplo, pode ser enquadrado como homicídio, ou até mesmo como crime contra a humanidade (SCHABAS, 2009).

O que particulariza o genocídio é o elemento do dolo específico, qual seja, a intenção de destruir. Não basta que o agente queira realizar a conduta descrita no tipo penal; deve agir com a finalidade intrínseca de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal. Por conta do alto grau de intenção que é requisito essencial do genocídio, é inadmissível a modalidade culposa desse crime (AMBOS, 2009).

A Resolução 96 (I) não menciona o dolo específico. A sua primeira aparição ocorre no rascunho do Secretariado, que proclama que o genocídio "é a destruição intencional de um grupo humano". Reconhece-se desde já a importância da manutenção desse elemento no documento final, com o objetivo de diferenciar a norma do genocídio de outros ramos, como o direito da guerra internacional e da guerra civil, o direito das minorias, os direitos humanos, e assim por diante (ABTAHI; WEBB, 2008).

Ao longo do processo de redação da CPRCG, são sugeridas diversas expressões para se referir ao elemento intencional do delito, visando tornar mais claro o seu significado. Assim, além de "destruição intencional", há fórmulas como "destruição deliberada", "com o propósito de destruir", e "através dos atos deliberados". No rascunho do Comitê *Ad Hoc*, o vocábulo "com a intenção de destruir" antes integra cada um dos parágrafos do artigo 1º, que contém os elementos objetivos, mas não aparece no *caput*. O delegado da França sugere a alteração, para que o elemento intencional possa abranger todas as condutas descritas, e o termo permanece até a adoção da Convenção (ABTAHI; WEBB, 2008).

Muitas das iterações dos rascunhos incluem, ao lado do dolo específico, o elemento mental da motivação. Este aparece até mesmo na Resolução 96 (I), a qual afirma que o genocídio é punível quando cometido "por motivos religiosos, raciais, políticos, ou diversos"⁷ (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 1946).

Entretanto, o dolo específico e a motivação não se confundem. Segundo Jeremy Bentham (1970, *apud* MAY, 2010, p. 139), o motivo é qualquer fator que influencia a vontade e determina a ação ou omissão do indivíduo – portanto, não é a intenção em si, mas sim o ânimo

⁷ No original: "[...] genocide is a crime under international law which the civilized world condemns, and for the commission of which principals and accomplices whether private individuals, public officials or statesmen, and whether the crime is committed on religious, racial, political or any other grounds – are punishable." (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 1946)

que a forma. A intenção, por sua vez, equivale ao objetivo da conduta, ou, nos termos postos até aqui, o dolo do agente.

Os redatores da CPRCG julgam necessário, a princípio, incluir o elemento mental da motivação no conceito de genocídio. Nas primeiras versões do documento, nas quais o requisito do dolo específico ainda não se encontra claramente definido, os motivos são utilizados para qualificar a vontade do agente de destruir um grupo em função das suas características essenciais. Assim, é considerado por alguns delegados como o elemento distintivo do genocídio. Em múltiplas instâncias, os redatores da Convenção chegam a confundir os conceitos de motivação e intenção, permutando-os (ABTAHI; WEBB, 2008).

Contudo, ao longo dos debates no Comitê *Ad Hoc*, a maioria conclui que os motivos do crime, na forma em que estavam explicitados, são dispensáveis. Além de ser um elemento comumente desconsiderado em diversos sistemas penais internacionais para a determinação da natureza do delito, também é demasiadamente subjetivo, o que pode tornar sua interpretação ambígua. Ademais, apesar de ser importante para a punição do crime, não é essencial à sua definição, diferentemente da intenção de destruir (ABTAHI; WEBB, 2008).

Desse modo, o Comitê *Ad Hoc* acata a emenda proposta pelo representante da Venezuela, que substitui a motivação – declarada, então, como "motivos de origem nacional ou racial, crença religiosa, ou opinião política de seus membros"⁸ – pela expressão "como tal", mantida no rascunho do Sexto Comitê e na Convenção em si (ABTAHI; WEBB, 2008). O propósito da emenda, nesse caso, é o de remover os limites ocasionados pela numeração dos motivos, introduzindo uma fórmula aberta, de maior abrangência e mais objetiva, e assim, capaz de alcançar o consenso entre as delegações (SCHABAS, 2009).

Vale mencionar que apesar da aprovação da emenda, algumas delegações pleiteiam entendimentos diferentes sobre o seu significado. Dessa forma, resta a dúvida se o vocábulo "como tal" equivale à motivação, mantendo-a na Convenção, ou se apenas se refere aos grupos, removendo, portanto, aquele elemento. Essa questão nunca chega a ser resolvida pelos redatores da CPRCG, deixando-a aberta a interpretações diversas (GREENAWALT, 1999).

Não só isso, como a Convenção não estabelece critérios para a interpretação do elemento intencional, restando igualmente ambígua neste aspecto. Os trabalhos preparatórios e o entendimento dominante na doutrina realçam uma abordagem baseada no propósito do agente (*purpose-based approach*), já apresentada aqui, segundo a qual a intenção do genocídio,

⁸ No original: "In this Convention genocide means any of the following deliberate acts committed with the intent to destroy a national, racial, religious or political group, *on grounds of the national or racial origin, religious belief, or political opinion of its members* [...]" (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 1122)

analisada na esfera individual, apenas existe nos casos em que o agente tem como objetivo específico a destruição do grupo. Portanto, nesta perspectiva, o elemento intencional do genocídio é uma espécie de dolo específico (AMBOS, 2009).

Todavia, estudiosos como Alexander Greenawalt (1999), Claus Kreß (2005) e Kai Ambos (2009) argumentam, alternativamente, em prol da ênfase⁹ em uma abordagem baseada na compreensão (*knowledge-based approach*). Ela tem como fundamento a interpretação da própria Convenção, bem como a plurissignificação da intenção criminal na doutrina.

Greenawalt divide a intenção em dois elementos: a seleção de membros do grupo com base no seu pertencimento a este, e o conhecimento das consequências destrutivas da conduta para a sobrevivência do grupo. Na abordagem baseada na compreensão, o enfoque não é na conduta individual do agente, sequer na sua intenção pessoal de destruir o grupo como tal. Diz-se que há intenção genocida quando o agente tem consciência de que seus atos contribuem para uma campanha de extermínio que tem como objetivo ou efeito manifesto a destruição de um grupo – estando, portanto, inserido no contexto do propósito genocida da coletividade (GREENAWALT, 1999; KREß, 2005).

Esta abordagem rejeita o uso preponderante da acepção mais estrita de intenção, a qual teme a expansão excessiva do conceito de genocídio, de maneira a abranger quase qualquer ato de destruição em massa. Ao invés disso, parte da premissa de que a ideia de intenção não se restringe ao dolo específico do agente, enfatizando os resultados destrutivos da conduta genocida. Assim sendo, visa oferecer uma resposta mais decisiva e menos restritiva à incerteza do elemento intencional (GREENAWALT, 1999).

Além da intenção *per se*, também há, à primeira vista, certa ambiguidade quanto à ideia de destruição do grupo intencionada pelos genocidas. O termo "destruir", por si só, comporta uma variedade de sentidos, e seu uso remonta à concepção de genocídio de Raphael Lemkin, para quem a conduta do agente teria por objetivo a destruição dos fundamentos essenciais de um grupo nacional ou étnico, visando a sua aniquilação, conforme mencionado anteriormente. Assim, o ataque a quaisquer dos aspectos que constituem o padrão nacional de um grupo – inclusive elementos econômicos, políticos e culturais –, com a intenção de exterminá-lo, pode constituir genocídio (LEMKIN, 1944).

Apesar disso, o escopo adotado pelos redatores da Convenção é mais restrito. O significado de destruir, embora vago no *caput*, é delimitado nos parágrafos seguintes pelo rol

⁹ Vale mencionar que uma abordagem não advoga pela exclusão total do outro critério. Ambos o propósito do agente e a sua compreensão sobre as circunstâncias em que sua conduta se insere são essenciais para caracterizar o dolo. O que se debate é sobre qual fundamento deve prevalecer na análise da intenção do agente.

de elementos objetivos do crime. Estes consideram como genocídio somente a destruição física ou biológica dos grupos, as quais, na visão de Lemkin, seriam apenas o último estágio em um longo processo de extermínio (SCHABAS, 2009).

É possível argumentar que o texto da Convenção comporta a interpretação de que, apesar de ser um requisito legal que a conduta genocida envolva atos que promovam a destruição física ou biológica do grupo, não necessariamente estes têm que ser o objeto da intenção de destruir mantida pelo agente. Antes, ele pode almejar a aniquilação do grupo através da destruição das suas estruturas políticas, econômicas, sociais e culturais, objetivo para o qual a destruição física ou biológica não é óbvia, ou um fim em si mesmo, mas sim, um ato incidental. Como consequência, o conceito de genocídio abrangeria a limpeza étnica de grupos (SCHABAS, 2009).

Contudo, esta perspectiva é dissociada dos propósitos dos redatores da Convenção, pois a análise dos trabalhos preparatórios deixa claro que, para eles, o entendimento a respeito da destruição é restritivo. Isso pode ser constatado na retirada de qualquer menção ao genocídio cultural, tema que será tratado na seção posterior (SCHABAS, 2009).

Ainda assim, a dimensão de tal extermínio é compreendida de maneira mais flexível, visto que o termo destruir é seguido pela expressão "no todo ou em parte". Portanto, admite-se que para uma conduta ser classificada como genocídio, não é necessário haver a destruição completa do grupo e de todos os seus membros (SCHABAS, 2009).

Lemkin não realiza tais distinções quantitativas. A primeira menção à destruição completa ou parcial de um grupo é encontrada na Resolução 96 (I). A noção surge de maneira inconsistente nos rascunhos propostos pelos Estados e redigidos pelos órgãos da ONU, ora sendo adotada, ora rejeitada (SCHABAS, 2009).

A principal apreensão daqueles que se posicionam contrários à ideia da destruição parcial, como os Estados Unidos, é que o limiar quantitativo seja deveras baixo, de modo a incluir execuções individuais, não constituindo um número significativo o suficiente para ser considerado um genocídio. Por outro lado, a França defende que o genocídio pode ocorrer mesmo que a conduta culpável seja direcionada contra um grupo pequeno, ou até mesmo um único indivíduo (SCHABAS, 2009).

Ao final, o vocábulo "no todo ou em parte" integra a Convenção, embora, devido às divergências apontadas, os trabalhos preparatórios não esclareçam o seu significado preciso. De tal forma, resta incerto se ele exprime ser possível que haja a intenção de destruir apenas parte do grupo, ou que a destruição em si pode ser parcial, mas a intenção deve ser voltada para o extermínio do grupo inteiro (SCHABAS, 2009).

Ademais, não se sabe em que constitui parte do grupo – se, quantitativamente, deve ser um número substancial de vítimas, ou se basta o ataque a um ou poucos indivíduos; se, geograficamente, devem ser os membros do grupo de determinada área; ou, ainda, se é aceitável adotar um critério qualitativo, que se baseia nas características das vítimas acometidas, no caso de atos que atingem segmentos da população tidos como essenciais para a sobrevivência do grupo, como lideranças políticas e intelectuais (SCHABAS, 2009).

Os fatores apontados até aqui revelam as complicações relativas à apreensão do elemento intencional do genocídio, sendo por vezes vago, por vezes restrito, e gerando embaraços interpretativos para a doutrina e a jurisprudência. A ambiguidade do termo é vista ainda no processo de escrita da CPRCG, durante o qual os redatores se mostram incertos quanto ao seu significado preciso, por vezes até mesmo confundindo a motivação com a intenção de destruir. Além disso, o próprio grau de especificidade da intenção desse crime, que é unicamente alto, complica as tentativas de identificá-lo (JONES, 2017).

A consequência mais relevante é a dificuldade de se provar a intenção do acusado. Por ser um elemento mental, desenvolvido internamente, o dolo específico apenas pode ser conhecido mediante a sua externalização. A maneira mais direta que isso acontece é através da confissão do acusado, a qual, todavia, é rara de se obter, já que é mais benéfico à sua defesa omitir informações que possam ensejar sua condenação (METTRAUX, 2019).

Portanto, cria-se uma área cinzenta, posto que para evadir a acusação de genocídio, o réu não precisa alegar que não realizou a conduta, podendo, ao invés disso, argumentar não possuir a intenção de destruir o grupo ao cometê-la (ROTHER; MULLINS, 2007). Como consequência, o *mens rea* tem de ser inferido com base em deduções lógicas sobre o conjunto probatório dos atos físicos. Através dos fatos, deve-se concluir que a única interpretação razoável para a conduta do agente é de que ele teve a intenção de destruir o grupo protegido, no todo ou em parte, como tal (METTRAUX, 2019).

Assim sendo, a obscuridade do elemento intencional, o qual é o principal componente do crime de genocídio, prejudica a interpretação e a aplicação da CPRCG. Além disso, a análise dos trabalhos preparatórios dificilmente elucida o conteúdo exato expresso pelos termos "intenção", "destruir", "no todo ou em parte", e "como tal" – ou seja, todos os componentes da fórmula deste elemento. Como consequência, a identificação da intenção do réu deve ser feita caso a caso, e de maneira indireta. Esta falta de critérios interpretativos nítidos abre espaço para amplas divergências judiciais e a impunidade dos agentes genocidas.

2.5 Os elementos objetivos do genocídio

Compreendidos nos cinco parágrafos do artigo 2º, os elementos objetivos – ou *actus reus* – equivalem à lista de condutas que constituem o crime de genocídio, quais sejam:

Artigo II – Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos [...]:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. (BRASIL, 1952)

Conforme aludido na seção anterior, o rol de condutas culpáveis apenas inclui os atos de destruição física ou biológica dos grupos, de forma que a Convenção, nesse aspecto, é mais restrita que a definição proposta por Raphael Lemkin (SCHABAS, 2009). Tal concisão dos elementos objetivos apenas é alcançada ao longo dos debates no âmbito das Nações Unidas, dado que, no primeiro rascunho, a lista de atos genocidas é comparativamente extensa.

No rascunho do Secretariado, já há a previsão de todas as condutas contidas na Convenção. Mais que isso, o documento elenca em doze parágrafos as maneiras que o agente pode proceder para atingir determinado resultado, como, por exemplo, através de massacres em grupo ou execuções individuais, mutilação, experimentos biológicos, entre outros (ABTAHI; WEBB, 2008).

Enquanto isso, o rascunho do Comitê *Ad Hoc* se encontra bastante próximo da versão que hoje subsiste. Ao compará-lo à Convenção, percebe-se somente a ausência da menção à integridade mental de membros do grupo, no parágrafo (b), e a inexistência do parágrafo (e), o qual é retirado juntamente ao tema do genocídio cultural (ABTAHI; WEBB, 2008).

Vale ressaltar, ainda, que o rol de atos proibidos pela Convenção é taxativo, por escolha explícita dos redatores. Algumas delegações, como a China, o Peru e a União Soviética propõem emendas para alterar o *caput* do artigo, trocando a expressão "qualquer dos seguintes atos" por "incluindo os seguintes atos", ou adicionando o vocábulo "por exemplo", a fim de tornar a enumeração não exaustiva (SCHABAS, 2009).

O delegado soviético, ao apresentar sua emenda, visa evitar restringir os atos que constituem o genocídio, pois em sua opinião, é impossível prever os desenvolvimentos futuros na maneira que os agentes executam o crime. Desse modo, uma lista de atos não restritiva permite que os juízes punam todos os responsáveis pela consecução do delito, independentemente da forma que ele é cometido (ABTAHI; WEBB, 2008).

Já as delegações contrárias à emenda alegam que a norma do genocídio demanda exatidão, e que a não limitação do *actus reus* pode levar à aplicação discrepante da norma em juízos diversos. Há também a preocupação de que isso abra uma janela para que alguns Estados acusem outros de cometer genocídio com base em com critérios elusivos, quando for politicamente conveniente. Eventualmente, a posição dessas delegações prevalece, de forma que apenas as condutas dos cinco incisos do artigo 2º podem ser consideradas genocidas (SCHABAS, 2009).

Cabe analisar também o que constitui um ato de genocídio. Conforme explica a teoria geral do crime, a pena é aplicada quando o agente realiza voluntariamente uma conduta, comissiva ou omissiva, contrária à norma penal (BRANDÃO, 2015). Assim, os atos de genocídio são justamente as condutas proibidas pela Convenção.

Alguns deles demandam a produção de resultados no mundo exterior, como é o caso dos parágrafos (a), (b) e (e), em que se causa a morte de alguém, uma lesão física ou mental, ou a transferência forçada de crianças de um grupo a outro, respectivamente. Nos demais casos, contidos nos parágrafos (c) e (d), não é necessária a produção de resultados, bastando apenas a realização da conduta com a intenção adicional de alcançar tais objetivos – a destruição física total ou parcial do grupo, ou a coibição de nascimentos no seio do grupo (SCHABAS, 2009).

Ademais, como mencionado, a conduta pode ser comissiva ou omissiva. A teoria finalista da ação concebe a conduta comissiva como "um agir orientado conscientemente a um fim" (BRANDÃO, 2015, p. 29). Desse modo, o dolo genérico, analisado na seção anterior, que representa a vontade do agente, reside na ação, voltada para uma finalidade ilícita.

Enquanto isso, a conduta omissiva se baseia em um não-fazer, que viola uma norma imperativa – a qual impõe um dever de agir – ou uma norma proibitiva – que coíbe determinada ação. Neste segundo caso, tem-se um crime comissivo por omissão ou omissivo impróprio, quando o sujeito tem o dever de agir para impedir a ocorrência do resultado, mas não o efetua (BRANDÃO, 2015). Em uma forma ou outra, todos os atos do artigo 2º podem ser cometidos na modalidade omissiva, mediante a abstenção dolosa do agente.

A primeira conduta no rol de elementos objetivos, e a mais comumente associada ao crime de genocídio, é o ato de "matar membros do grupo" (BRASIL, 1952). A sua aparição inicial ocorre no rascunho proposto pela Arábia Saudita perante o Secretariado, então previsto como o "assassinato em massa de todos os membros de um grupo, povo ou nação" (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 6). Na CPRCG, tal ideia de obliteração absoluta é atenuada, através da exclusão do termo "todos" no parágrafo, a inclusão da frase "no todo ou em parte" no *caput* do artigo 2º, e a substituição de "assassinato em massa" pelo simples verbo "matar".

Todavia, dada a indefinição resultante das referidas alterações, não há consenso na doutrina quanto ao número de mortes necessárias para que a conduta seja enquadrada como genocídio. Enquanto Schabas (2009) defende que basta causar a morte de apenas um membro do grupo, Tams, Berster e Schiffbauer (2014) argumentam que o uso do plural na palavra "membros" não é acidental, e implica que o patamar mínimo é a morte de pelo menos dois indivíduos.

Aqui vale mencionar que, apesar da associação comumente realizada entre genocídio e homicídio, não é necessário que haja morte alguma para ocorrer um genocídio – afinal, os outros parágrafos preveem atos que admitem resultados além do óbito, e são igualmente genocidas.

A despeito desta constatação, Adam Jones (2017) nota que:

[...] Na prática, parece ser improvável que assassinatos sejam classificados como atos genocidas – seja na lei ou nos estudos acadêmicos sobre o assunto – a menos que façam parte, empiricamente, de uma campanha generalizada ou sistemática, e atinjam uma fração substancial ou significativa do grupo. (JONES, 2017, p. 92, tradução da autora)¹⁰

Logo, o autor observa que a ocorrência de um número maior de mortes facilita o reconhecimento do crime como genocídio. Isso se deve, ao menos em parte, às dificuldades relativas à necessidade de se provar a intenção do agente. A ocorrência de mortes de membros do grupo não apenas reflete o dolo genérico daquele que comete o ato, mas também serve como indicativo da sua intenção de destruir, no todo ou em parte, o grupo, facilitando, portanto, a classificação do crime como genocídio.

O segundo parágrafo do artigo 2º prevê o ato de "causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo" (BRASIL, 1952). Essa redação é produto do amálgama entre as emendas do Reino Unido, da Índia, e da China, no âmbito do Sexto Comitê. Antes disso, o rascunho do Secretariado trata de "mutilações e experimentos biológicos impostos sem finalidade curativa", e o do Comitê *Ad Hoc*, mediante proposta francesa, de "qualquer ato direcionado contra a integridade corporal de membros do grupo" (SCHABAS, 2009).

Percebe-se, de tal forma, a inclusão de dois elementos importantes: a gravidade do ato e a ofensa à integridade mental das vítimas. A maneira que se inflige a lesão não é restrita pela redação, podendo compreender uma ampla gama de métodos, como tortura, tratamento desumano ou degradante, ameaças de morte, violência sexual, entre tantos outros. Contudo, o

¹⁰ No original: "[...] in practice, it seems that acts of murder are unlikely to be defined as genocidal – whether in law or in the wider scholarship on the subject – unless they are empirically part of a “widespread or systematic” campaign, and target a substantial or significant portion of the group." (JONES, 2017, p. 92)

dano causado à pessoa deve atingir certo patamar de seriedade para o ato ser considerado genocida, embora a Convenção não deixe claro que patamar é esse.

O delegado britânico, ao propor a inclusão da palavra "grave", objetiva excluir os atos tidos como menos importantes e improváveis de ocasionar a destruição do grupo. No entanto, o texto não prevê explicitamente o requisito da capacidade do ato de causar tal destruição, como o realiza no parágrafo seguinte. Portanto, há múltiplas interpretações possíveis. Pode-se considerar a permanência do dano, ou as suas repercussões na vida da vítima, por exemplo, visto que é possível criar condições psicológicas individuais que, a longo prazo, afetam as interações sociais no grupo (TAMS; BERSTER; SCHIFFBAUER, 2014).

Já a ideia de proteção à integridade mental de membros do grupo é suscitada pelo delegado da China. A motivação política e histórica por trás da sugestão é evitar que se repita crimes como aqueles cometidos pelos japoneses contra o povo chinês na primeira metade do século XX, causados pelo estímulo à produção e ao consumo de narcóticos, então utilizados como instrumentos para a consecução de um genocídio (ABTAHI; WEBB, 2008).

Assim, a proposta chinesa menciona a lesão à integridade mental de membros do grupo mediante o uso de narcóticos. A emenda não é aprovada pelo Sexto Comitê, mas logo em seguida, a delegação da Índia retoma a ideia, sugerindo que se acrescente "ou mental" após a expressão "integridade física", o que é rapidamente acatado pelos demais redatores (ABTAHI; WEBB, 2008).

O parágrafo (c) trata da conduta de "submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial" (BRASIL, 1952). Há previsões nesse sentido nos rascunhos do Secretariado e do Comitê *Ad Hoc*, embora a redação final seja uma contribuição belga, soviética e venezuelana perante o Sexto Comitê (ABTAHI; WEBB, 2008).

Aqui, não se fala em um ataque imediato contra a integridade física das vítimas, mas sim, em um tipo de destruição indireta, prolongada no tempo. O objeto principal do parágrafo não é o resultado, mas a conduta em si. Já a destruição física, nesse caso, é entendida de maneira mais evidente e majoritária como significando a morte dos membros do grupo.

Todavia, parte da doutrina propõe uma visão mais ampla, que admite que a destruição pode se referir a um ataque contra os vínculos do grupo, ocasionando a desintegração do seu corpo social – desprendendo-se, portanto, do aspecto físico. Há ainda a harmonização de tais interpretações, ao se reconhecer que, após a morte de parte dos membros do grupo, a sua destruição física pode ser arrematada pela irreparabilidade dos danos aos vínculos sociais entre os membros restantes (TAMS; BERSTER; SCHIFFBAUER, 2014).

Sem embargo, tais interpretações parecem desviar das intenções dos redatores da Convenção, que tendem a ver a ideia de destruição física de maneira mais literal – tanto que, antes da emenda soviética, fala-se em "mortes", ao invés de destruição física. Tal orientação pode ser inferida com base na rejeição da emenda proposta pelo Uruguai perante o Sexto Comitê, que trata de condições prováveis de causar as "mortes, doenças ou o enfraquecimento" dos membros do grupo, por ser considerada demasiadamente vaga (ABTAHI; WEBB, 2008).

Por outro lado, as condições de existência às quais o grupo é submetido são entendidas de maneira ampla pelos redatores. A formulação que figura na Convenção é apresentada pela União Soviética, com base no mesmo argumento que embasa a proposta de não-taxatividade do rol de elementos objetivos – dessa vez com mais sucesso. Assim, o texto abarca tanto o ato de privar os membros do grupo do acesso a recursos básicos, como alimentos, água, moradia, higiene, e auxílio médico; como condutas não previstas à época da redação da CPRCG (TRIFFTERER; AMBOS, 2016; TAMS; BERSTER; SCHIFFBAUER, 2014).

Ademais, é interessante notar a discrepância entre a versão original em inglês do texto da Convenção e aquela traduzida para o português no ato da sua promulgação pela Presidência da República. Na primeira, descreve-se as medidas tomadas pelo agente genocida como "*calculated to bring about its physical destruction in whole or in part*", enquanto na segunda, fala-se da *capacidade* das condições de ocasionar a destruição do grupo (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 2087; BRASIL, 1952).

Tal diferença é relevante porque o uso do adjetivo "calculado", em inglês, é fonte de discordâncias na doutrina. Em uma das perspectivas, defendida por Tams, Berster e Schiffbauer (2014), ele pode ser entendido exatamente como é traduzido para o português, em que se denota a viabilidade das condições impostas ao grupo levarem à sua destruição – equivalendo, nesse caso, à possibilidade ou probabilidade de fazê-lo. Consideram, por conseguinte, que há a conciliação entre o requisito intencional, de cunho subjetivo, e este requisito de capacidade, objetivo.

Por outro lado, Schabas (2009) argumenta que a palavra "calculado" expressa que deve haver a premeditação por trás do ato, e, além disso, que tal conduta deve ser o principal mecanismo utilizado para se alcançar a destruição do grupo, ao invés de algo meramente incidental.¹¹ Portanto, diferentemente dos parágrafos anteriores, não basta provar o resultado

¹¹ Tal posição é criticada por Tams, Berster e Schiffbauer (2014), que citam o campo de concentração de Auschwitz como um exemplo onde a morte de membros do grupo é causada tanto de maneira direta, através das câmaras de gás, como de maneira indireta, através do trabalho forçado. Segundo os autores, de acordo com a interpretação proposta por Schabas, o segundo método de destruição não poderia ser punido sob a égide do parágrafo (c), por ser secundário ao mecanismo principal de homicídios diretos.

do ato para se aferir a culpa do agente, pois é necessário demonstrar também esse requisito de intenção adicional, de caráter subjetivo.

A subjetividade do agente também é importante para a interpretação do parágrafo seguinte, que prevê o genocídio biológico, o qual ocorre ao se "adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo" (BRASIL, 1952). No rascunho do Secretariado, os subparágrafos preveem como espécies a "esterilização e/ou o aborto compulsório", a "segregação dos sexos", e os "obstáculos ao matrimônio" (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 215).

A restrição aos nascimentos no grupo é inicialmente retirada do rascunho do Comitê *Ad Hoc*, com qualquer menção ao genocídio biológico. Só aparece novamente mediante a proposta da delegação do Líbano de adicionar um novo parágrafo tratando do assunto, acatada pelas demais sem muita disputa. O elemento objetivo é conservado no documento do Sexto Comitê, com sutis alterações na redação (ABTAHI; WEBB, 2008; SCHABAS, 2009).

Similarmente ao dispositivo anterior, o elemento material do crime não é o resultado da conduta, mas sim, a conduta *per se*, ou seja, a adoção de medidas. Por conta disso, tem-se a noção que as medidas não precisam ser objetivamente aptas para impedir os nascimentos no seio do grupo, sequer isso deve ser a impreterivelmente a conclusão concreta dos atos. Antes, a palavra "destinadas"¹² possui um caráter puramente subjetivo, que pauta a identificação do crime na intenção do agente (SCHABAS, 2009; TAMS; BERSTER; SCHIFFBAUER, 2014).

Por fim, o parágrafo (e) proscreve o ato de "efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo". Como dito anteriormente, tal previsão já constava no rascunho do Secretariado como uma forma de genocídio cultural, esta modalidade a qual é abolida no rascunho do Comitê *Ad Hoc*. O seu conteúdo é reinserido no documento do Sexto Comitê sem muitas delongas, constituindo o único indício remanescente do genocídio cultural na Convenção, possivelmente por não ter sido contestado nas discussões anteriores (SCHABAS, 2009).

De fato, pode-se argumentar que há tanto um aspecto cultural quanto biológico na conduta descrita por este parágrafo. Isso porque o sequestro de crianças pré-pubescentes pode prevenir gravidezes futuras no grupo, destruindo-o ao minar sua capacidade reprodutiva, por exemplo. Ao mesmo tempo, a separação entre crianças e adultos pode contribuir para a dissolução dos vínculos sociais e culturais que permitem a perpetuação de um povo como tal (TAMS; BERSTER; SCHIFFBAUER, 2014).

¹² Aqui, a questão da tradução sobre o texto da Convenção entra em pauta novamente. Enquanto em português se utiliza o termo "destinadas", em inglês emprega-se a expressão "intended to". Esta torna mais clara a existência de um elemento intencional adicional, colocando a ênfase na subjetividade do agente, e não no resultado da ação.

O texto do dispositivo se refere à transferência *forçada* de crianças, sem explicitar o caráter de tal força. Portanto, é razoável inferir que se abrange tanto o uso da força física quanto de coação moral, através de ameaças, opressão psicológica, dentre outros mecanismos (TAMS; BERSTER; SCHIFFBAUER, 2014).

Além disso, também não se define o que se entende por criança, o que sequer é discutido pelos redatores da CPRCG. Como consequência, a interpretação de tal termo deve ser sistemática, considerando outras normas ou costumes internacionais, como, por exemplo, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que entende por criança qualquer pessoa menor de 18 anos (TAMS; BERSTER; SCHIFFBAUER, 2014).

Schabas (2009) argumenta, entretanto, que a transferência forçada de adolescentes mais velhos não compromete seriamente a viabilidade futura do grupo. Dessa forma, considera que apenas faz sentido que o dispositivo legal seja aplicado a crianças menores, mais suscetíveis à perda potencial da sua identidade cultural. De qualquer forma, o parágrafo não protege os adultos sujeitos à transferência forçada, o que pode ser considerado uma lacuna no texto da Convenção.

A ideia de transferência também possui um sentido aberto. Para Tams, Berster e Schiffbauer (2014), o ato não demanda a transferência geográfica das crianças, sequer a perda completa de contato entre estas e o grupo ao qual pertenciam. Além disso, é necessário que as crianças se encontrem sob o controle efetivo do grupo ao qual são transferidas, mas não necessariamente se requer a sua assimilação dentro da cultura, ou sua estadia permanente no âmbito deste.

Por fim, é importante analisar as condutas que não são punidas pela CPRCG. Dentre elas, destaca-se o genocídio cultural, cuja exclusão tem sido insinuada até aqui. Como já visto, nos rascunhos do Secretariado e do Comitê *Ad Hoc*, reproduz-se a classificação mais extensiva de Raphael Lemkin das três espécies de genocídio: físico, biológico e cultural. Este último é, para o autor, a parte mais importante da Convenção, pois a proteção da herança cultural se encontra no cerne da sua concepção de genocídio, que visa proteger não só a existência física de um grupo, mas também a essência que o une (BACHMAN, 2019).

O genocídio cultural é tutelado no artigo 3º dos respectivos rascunhos. No documento do Comitê *Ad Hoc*, define-se:

Nesta Convenção, genocídio também significa qualquer ato deliberado cometido com a intenção de destruir a língua, religião, ou cultura de um grupo nacional, racial ou religioso em função da origem nacional ou racial, ou crença religiosa de seus membros, tal como:

1. Proibir o uso da língua do grupo em interações cotidianas ou nas escolas, ou a impressão e circulação de publicações na língua do grupo;
2. Destruir ou prevenir o uso de bibliotecas, museus, escolas, monumentos históricos, locais de culto ou outras instituições culturais e objetos do grupo. (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 1126, tradução da autora)¹³

Desde o princípio, entretanto, questiona-se a inclusão do genocídio cultural no documento. A discussão tem seu momento determinante no Sexto Comitê, quando se debate se o artigo 3º será mantido no documento final. Algumas delegações alegam que o conceito de genocídio cultural não é suficientemente preciso, e que certos aspectos já são tutelados por outras convenções ou legislações nacionais, ou devem sê-lo por documentos específicos voltados para a proteção dos direitos humanos (COELHO, 2007). Argumenta-se, ainda, que a previsão a respeito do genocídio cultural pode tornar a definição de genocídio demasiadamente ampla e genérica, e, além disso, dificultar a ratificação da Convenção pelos Estados (ABTAHI; WEBB, 2008).

A refutação destes argumentos pelo representante do Paquistão no âmbito do Sexto Comitê é particularmente pertinente. Em primeiro lugar, ele alega que a Resolução 96 (I) menciona explicitamente o genocídio cultural, ao dizer no preâmbulo que o genocídio "resulta em grandes perdas para a humanidade na forma de contribuições culturais e diversas representadas por esses grupos humanos" (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 1946, tradução da autora).¹⁴

Desse modo, negar a tipificação desta espécie de crime é rejeitar a implementação da decisão da Assembleia Geral que determina a criação da CPRCG. Da mesma forma, destinar o assunto somente a declarações de direitos humanos ou outros documentos internacionais ainda assim consagra a reprovabilidade do ato, mas também o exclui das finalidades da Convenção (ABTAHI; WEBB, 2008).

Há, portanto, uma diferenciação imprópria e injustificada entre o genocídio cultural e o genocídio físico e biológico, ao se declinar o reconhecimento deste como um crime

¹³ No original: "In this Convention genocide also means any deliberate act committed with the intent to destroy the language, religion, or culture of a national, racial or religious group on grounds of the national or racial origin or the religious belief of its members such as:

1. prohibiting the use of the language of the group in daily intercourse or in schools, or the printing and circulation of publications in the language of the group;
2. destroying or preventing the use of, libraries, museums, schools, historical monuments, places of worship or other cultural institutions and objects of the group." (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 1126)

¹⁴ No original: "Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations." (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 1946)

internacional que deve ser punido e prevenido. Esta noção reflete a postura de algumas delegações que tendem a visualizar o genocídio cultural como menos odioso que as demais espécies (ABTAHI; WEBB, 2008).

Ademais, o representante da Venezuela nota que a inclusão do parágrafo (e) demonstra que o Comitê reconhece a existência de condutas genocidas que não necessariamente implicam na destruição física do grupo, e que os membros de um grupo podem ter suas vidas preservadas e até mesmo gozar de boas condições materiais de existência, e ainda assim serem vítimas de genocídio (ABTAHI; WEBB, 2008).

Entretanto, apesar do suporte destas e de outras delegações à manutenção do genocídio cultural na Convenção, há quase um consenso a respeito da disputabilidade do texto submetido pelo Comitê *Ad Hoc*. Diversos Estados, incluindo o Paquistão e a Venezuela, consideram a redação do artigo 3º, em especial dos seus parágrafos, demasiadamente ampla e vaga. Segundo o representante da Dinamarca, o texto omite condutas que podem ser consideradas como genocidas, e inclui ideias como a proteção de minorias e a liberdade de imprensa que não pertencem na Convenção (ABTAHI; WEBB, 2008).

Além disso, a delegação da Dinamarca declara que a inexatidão do texto do artigo 3º pode transformar a CPRCG em um instrumento de propaganda política, permitindo enquadrar condutas não criminosas na moldura ampla do documento; e dificultar a punição do crime, ao embaraçar a atividade dos tribunais que se veem forçados a proferir decisões com base em um conceito elusivo (ABTAHI; WEBB, 2008).

A despeito de tais dificuldades, os membros do Sexto Comitê têm a opção de reescrever o artigo 3º e reparar – ou ao menos tentar sanar – os seus defeitos. Ao invés disso, optam por apagar o dispositivo da Convenção. Bachman (2019) nota que os protestos mais vigorosos à previsão do genocídio cultural provêm de potências coloniais que temem as represálias às políticas impostas aos territórios sob seu controle administrativo. Com a retirada do artigo 3º, debilita-se o vínculo entre o colonialismo e o genocídio, de modo que tais Estados evitam criminalizar seus próprios comportamentos.

Logo, a discussão acima elucida a arbitrariedade das condutas selecionadas como elementos objetivos do crime de genocídio – todas as quais são relevantes, mas que não são as únicas que importam no extermínio de um grupo. Por meio de tal processo de exclusão, o Sexto Comitê se recusa a equiparar a destruição física dos membros do grupo à destruição dos elementos sociais e culturais que o constituem.

Tal postura não advém da incompreensão a respeito da possibilidade de grupos serem vítimas de atos genocidas que atacam sua essência cultural e social, e sim, da negação da

importância de se proteger tais bens jurídicos por meio da norma do genocídio, em prol dos interesses políticos de certos Estados. Esta é apenas uma das expressões da *realpolitik* que marca as decisões tomadas pelos órgãos de redação da CPRCG, assunto que será analisado na seção a seguir.

3 O CONCEITO DE GENOCÍDIO COMO UM IMPEDIMENTO À REALIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DA CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO

O presente trabalho percorreu o processo de criação do conceito de genocídio, bem como a sua tipificação através da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Além disso, empreendeu uma análise da definição de genocídio posta nos artigos 1º e 2º deste diploma legal, examinando os elementos que a compõem, e expondo as críticas realizadas pela doutrina que identificam os aspectos positivos e negativos desta norma.

Nesta seção, estuda-se a tensão entre as finalidades às quais a CPRCG se propõe – a prevenção e repressão do genocídio – e aquilo que, com base no seu conceito legal deste crime, ela é capaz de cumprir. O desequilíbrio entre esses dois fatores culmina em uma insuficiência fatal do documento, que impõe graves obstáculos à sua aplicação.

Conforme apresentado em momento anterior, a proibição de cometer genocídio é uma regra de *jus cogens*, sendo, portanto, inderrogável, e que apenas pode ser modificada através de outra regra da mesma espécie. Dessa forma, ao tratar do tema do genocídio, a Convenção incorpora a imperatividade da norma peremptória.

Contudo, elas não se confundem: a proibição ao genocídio advém dos costumes, e é hierarquicamente superior às leis e até mesmo aos próprios costumes; enquanto a Convenção é um tratado, e sujeita a mais restrições que aquela, devido às dificuldades impostas pela sua redução à letra da lei. Assim, toda violação da CPRCG é uma ofensa à norma de *jus cogens* da proibição do genocídio, mas não necessariamente o contrário é verdade.

Dada tal relação, não é de se surpreender que o genocídio seja popularmente chamado de "o crime dos crimes". Sua caracterização enquanto o mais hediondo dos atos se deve ao seu alto grau de brutalidade, direcionado contra indivíduos selecionados em função do seu pertencimento ao grupo, visando destruir este em sua essência, o que, na prática, geralmente envolve massacres massivos e atos de uma crueldade inimaginável (MAY, 2005).

Para Schabas (2009), o que diferencia o genocídio dos demais delitos internacionais é o seu simbolismo. A palavra genocídio carrega um peso semântico inigualável no senso comum teórico dos juristas, tanto devido à sua associação com atrocidades pretéritas, quanto pela rejeição social ao ódio racial que o motiva, e pelo alto nível de intenção maliciosa requerido para a sua execução. Em suas palavras:

A proibição do genocídio está no cerne dos valores que sustentam a lei internacional dos direitos humanos moderna. Embora as suas origens diretas estejam estreitamente associadas ao Holocausto contra os judeus europeus na década de 1940, ela certamente reflete um sentimento mais generalizado na consciência pública à época da sua adoção. O Holocausto foi a manifestação mais contemporânea e aterradora do câncer do racismo que vinha corroendo a humanidade há muitos séculos, e que se manifestou em fenômenos como o tráfico de escravos e o colonialismo. É isso que faz do genocídio o "crime dos crimes". (SCHABAS, 2009, p. 654)

Ademais, para Fournet (2007), o genocídio é um crime único porque envolve múltiplas camadas de destruição, que vão além do âmbito físico. Primeiro, há a destruição da identidade do grupo, a qual é comprimida pelos agentes genocidas, tornando-se unidimensional mediante a racialização dos membros de acordo com critérios arbitrários. Em seguida, há a tentativa de desumanização das vítimas, que envolve o seu assassinato, mas vai além, aniquilando também as suas identidades pessoais, e suas lembranças individuais e coletivas. O genocídio implica tanto a destruição da vida quanto a destruição da morte, e das memórias a elas associadas, como se isso tudo nunca houvesse existido.

Por outro lado, parte da doutrina critica a qualificação do genocídio como o crime dos crimes, argumentando que tal epíteto implica que os demais delitos internacionais são menos severos ou reprováveis. Segundo May (2010), por exemplo, não há motivos conceituais ou normativos razoáveis que justifiquem a categorização deste crime como um delito internacional de gravidade *sui generis*. Há um mal único associado ao genocídio, que é a finalidade da destruição de um grupo, mas esse não é seu o principal mal. O maior dano que o genocídio ocasiona é a destruição massiva de vida, o que, na prática, não o diferencia dos crimes contra a humanidade, de modo que ambos merecem o mesmo tratamento.

Não obstante as divergências quanto à existência de uma hierarquia jurídica entre o genocídio e os demais crimes internacionais, é notável que o genocídio carrega um estigma social singular. Assim, apesar da noção de *jus cogens* somente ter sido desenvolvida após a redação da CPRCG, os representantes de Estado responsáveis pela criação desse documento se mostram sempre conscientes da magnitude da ofensa sobre a qual eles se propõem a legislar (ABTAHI; WEBB, 2008).

Além do reconhecimento de que o crime de genocídio antecede a lei convencional, encontra-se nos trabalhos preparatórios repetidas menções ao seu status como um dos mais graves crimes contra a humanidade – incluindo tentativas de inserir essa qualificação no preâmbulo. Nas palavras do representante da Polônia perante o Comitê *Ad Hoc*, "o objetivo da Convenção é prevenir a repetição das atrocidades perpetradas durante a última guerra" (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 717).

Esta declaração ilustra bem a mentalidade dos redatores da Convenção, em todos os órgãos da ONU envolvidos no seu processo de escrita. Há uma associação inegável entre os crimes cometidos pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial e os esforços dedicados à criação de uma norma para prevenir e punir o genocídio (MAY, 2010).

Outro exemplo disso é a emenda sugerida pela União Soviética ao rascunho do Comitê *Ad Hoc*, para que o preâmbulo mencione explicitamente que "o crime de genocídio se encontra organicamente ligado ao Nazifascismo e a outras 'teorias' raciais que propagam o ódio racial e nacional, a dominação das chamadas raças 'superiores', e o extermínio das ditas raças 'inferiores'" (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 963, tradução da autora).¹⁵

A emenda é rejeitada pelo Comitê. Segundo o representante da França, seria um erro teórico e histórico imputar tais crimes apenas ao Nazifascismo, quando, no futuro, eles podem ser perpetrados em nome de outras doutrinas. Nas suas palavras: "o Comitê planeja para o futuro, e não para o passado, mas o passado deve ser estudado para se regular o futuro, e o período estritamente contemporâneo não é o único que deve ser considerado se se quer realizar um trabalho verdadeiramente útil" (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 964, tradução da autora).¹⁶

É possível identificar alguns esforços por parte dos redatores para não se ater exclusivamente aos eventos do genocídio realizado pelos nazistas, e, mais especificamente, à jurisprudência do Tribunal de Nuremberg. Em certos momentos, há o afastamento consciente do precedente estabelecido por esta Corte, como quando se admite, no artigo 1º, que o genocídio, diferentemente dos demais crimes internacionais à época, pode ser cometido em tempos de paz.

Ainda assim, percebe-se que a relação entre o genocídio e os crimes nazistas é sempre latente nos debates, quando não mencionada explicitamente. A gravidade das atrocidades

¹⁵ No original: "The High Contracting Parties declare: That the crime of genocide is organically bound up with Fascism-Nazism and other similar race 'theories' which propagate racial and national hatred, the domination of the so-called 'higher' races and the extermination of the so-called 'lower' races." (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 963)

¹⁶ No original: "Mr. Ordonneau (France) said he was wholly in agreement with the USSR representative when he said the Committee was planning for the future and not the past, but the past must be studied in order to regulate the future, and the strictly contemporary period was not the only one to be considered if really useful work was to be done." (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 964)

realizadas pelo Terceiro Reich influencia, inexoravelmente, a postura dos redatores. Por isso, a CPRCG é vista como uma maneira de a sociedade não esquecer as atrocidades cometidas no que então era o passado recente (ABTAHI; WEBB, 2008).

Todavia, na tentativa de fazê-la cumprir essa função, por vezes escanteia o caráter prospectivo desse diploma legal. A utilização do Holocausto como paradigma de genocídio é tão inevitável quanto inoportuna, visto que tal evento é dotado de peculiaridades relevantes, que facilitam o reconhecimento do genocídio nos termos postos pela Convenção, mas que não são igualmente encontradas em todas as outras ocorrências deste crime. É o caso do contexto de guerra; da concentração de poder na figura do Führer, cujas ordens eram lei; da burocratização dos atos de genocídio; da expansão transfronteiriça da campanha de extermínio, entre outras. Portanto, ao mesmo tempo em que a ligação entre o Holocausto e a Convenção atribui a esta uma potência política inigualável, ela também pode contribuir para que a sua utilidade jurídica seja debilitada.

Contudo, esses lapsos da CPRCG não são fruto de uma mera inaptidão. Antes, como notam Bloxham e Pendas (2010) e Bachman (2019), a Convenção é o produto de uma série de compromissos políticos por parte dos Estados, que se mostram preocupados com a necessidade de defender os propósitos do documento, enquanto buscam mitigar a ameaça que ele posa à sua soberania.

É importante considerar que a CPRCG é redigida não somente após o final da Segunda Guerra, como também no início da Guerra Fria. Este é um contexto de acirramento de tensões, no qual os Estados Unidos e a União Soviética assumem a posição de superpotências disputando a hegemonia global; os Estados europeus tentam se reconstruir após a devastação da guerra, ao mesmo tempo que começam a perder o controle sobre os territórios que colonizaram; e os países em desenvolvimento, alguns dos quais adquiriram há pouco sua independência, buscam estabelecer o seu lugar nessa ordem mundial (HOBSBAWM, 2016).

Em tal conjuntura, o ímpeto protetivo advindo dos julgamentos de Nuremberg e da memória do genocídio cometido pelos nazistas é suficiente para que a Convenção seja aprovada. Todavia, deve-se levar em conta que o paradigma legalista da guerra instaurado neste momento possui um caráter essencialmente político, e como tal, pode ser manipulado para atingir fins estratégicos. Desse modo, o desenvolvimento da lei internacional se encontra subordinado aos interesses dos atores internacionais. Apesar da aprovação da CPRCG não ser prejudicada por tais fatores, o preço do sucesso do documento é a incongruência do seu conteúdo (BLOXHAM; PENDAS, 2010).

Por conta disso, na análise da origem do conceito de genocídio posto pela Convenção, deve-se levar em conta não apenas a letra morta da lei, mas também as considerações de *realpolitik* que motivam as decisões dos redatores, as quais se encontram veladas sob o verniz de proteção aos direitos humanos.

A ideia de *realpolitik* é concebida por August Ludwig von Rochau, em 1853. Ela pode ser entendida, em sua definição original, como um enfoque nos aspectos práticos da política, que se preocupa com as condições sociais, econômicas e ideológicas que influenciam a distribuição de poder entre os agentes políticos, cujos desígnios são fundados na defesa dos seus interesses próprios. A noção de *realpolitik* de von Rochau não nega que há obrigações morais na política, mas argumenta que, na prática, há um limite para a possibilidade de se cumprir tais obrigações, que podem se tornar secundárias a questões consideradas mais relevantes em dado momento (BEW, 2016).

Assim sendo, analisar as considerações de *realpolitik* dos Estados permite conhecer as forças que instigam a sua atuação no cenário internacional, e, mais especificamente, as posturas adotadas pelos redatores da Convenção sobre o genocídio. Como afirma Louis René Beres (1988), os Estados são comumente impulsionados por estímulos que não a moralidade estrita, e por isso, as demandas de *realpolitik* invariavelmente tomam precedência sobre as do Direito Internacional. Percebe-se, portanto, que condenar moralmente o genocídio é fácil, mas tomar medidas nesse sentido tem seu custo político (PENDAS, 2011).

A mais relevante preocupação dos Estados são as restrições, ao menos nominais, que a norma do genocídio impõe ou reforça aos seus comportamentos. Para além das obrigações que ela determina aos Estados que a ratificam – como a necessidade de criar leis domésticas para punir os agentes genocidas, e de cooperar com a extradição de pessoas refugiadas em seu país que são suspeitas de cometer genocídio em outros territórios –, a Convenção também pode ser potencialmente vista como um pretexto para justificar legalmente a interferência na soberania desses Estados (BLOXHAM; PENDAS, 2010).

Por isso se conclui que:

A CPRCG foi um projeto político. O texto final do tratado foi o resultado de manobras políticas, particularmente daqueles atores estatais que emergiram das cinzas da Segunda Guerra Mundial. Os Estados Unidos e a União Soviética foram especialmente influentes durante os procedimentos, mas os outros poderes coloniais também o foram. Por outro lado, os territórios administrados por esses poderes coloniais não tinham qualquer influência sobre os procedimentos porque lhes faltava soberania, o que significa que eles eram incapazes de participar da redação da CPRCG. Assim, como nota Christopher Powell, "o texto da Convenção foi esculpido pela vontade dos seus criadores de não criminalizar seus próprios comportamentos". Portanto, o resultado das negociações não foi um tratado desenvolvido com base na

boa-fé das partes implicadas, mas sim, um que foi concebido em resposta às barbaridades já cometidas na primeira metade do século XX, ao mesmo tempo em que se protegia os interesses dos envolvidos. (BACHMAN, 2019, p. 53, tradução da autora)¹⁷

Vale destacar que não se diz aqui que há alguma espécie de conluio para debilitar a efetividade do documento, mas sim, que a soma das concessões realizadas em função dos limites substanciais impostos pela conveniência de certos Estados tem como produto um documento que, nas palavras de Bloxham e Pendas (2010, p. 622), é "praticamente inerte desde sua origem".

Pendas (2011) e Beres (1988) destacam os efeitos dessas considerações sobre a determinação dos mecanismos de implementação da CPRCG. Durante a escrita do documento, a questão de quem deve julgar os sujeitos acusados de genocídio é especialmente relevante, de um ponto de vista político. No âmbito do Sexto Comitê, as delegações se mostram majoritariamente contrárias à proposta de se estabelecer uma jurisdição universal para o crime de genocídio, a qual permitiria que qualquer Estado processasse e julgasse tal delito, mesmo que não possuísse qualquer vinculação com o seu território (PENDAS, 2011).

Ao mesmo tempo, também é rejeitada a ideia de se criar, junto com a Convenção, um Tribunal Penal Internacional para julgar os atos de genocídio. O rascunho inicial do Secretariado tem como apêndices dois rascunhos de estatutos para um possível TPI: um que possui jurisdição apenas sobre o crime de genocídio, e, alternativamente, um que também pode julgar outros delitos internacionais. Sem embargo, esse se torna um ponto contencioso nos debates sucessivos, e a ideia de se criar um TPI naquele momento é abandonada (PENDAS, 2011).

Ainda assim, vê-se no artigo 6º da Convenção que se deixa aberta a possibilidade de o crime de genocídio ser julgado por um TPI, caso essa corte seja eventualmente criada:

Artigo VI – As pessoas acusadas de genocídio ou 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. (BRASIL, 1952)

¹⁷ No original: "The UNGC was a political project. The final text of the treaty was the result of political maneuvering, particularly by those state actors that emerged from the ashes of World War II. The US and Soviet Union were especially influential during the proceedings, but so too were the other colonial powers. Conversely, the territories administered by the colonial powers lacked any influence over the proceedings because they lacked statehood, which meant they were unable to participate in the drafting of the UNGC. Thus, as Christopher Powell notes, 'The wording of the Convention was shaped by the desire of its framers not to criminalize their own behavior.' The result of the negotiations, then, was not a treaty developed from the good faith of the negotiating parties, but rather one that was created in response to the horrors already committed in the first half of the twentieth century, while protecting the interests of the negotiating parties." (BACHMAN, 2019, p. 53)

Com base nisso, a jurisdição sobre o crime de genocídio é, na prática – ao menos até a criação de um TPI –, exclusiva dos órgãos judiciais dos Estados onde o delito é perpetrado. Através de tal previsão, os Estados visam evitar que demais atores internacionais infrinjam a sua soberania, e utilizem a prevenção e a punição do genocídio como forma de justificar a interferência em seus assuntos internos. Porém, como consequência, aceita-se a alta improbabilidade de que as cortes dos Estados onde são cometidos genocídios se disponham a julgar os seus próprios agentes – nos casos em que não há uma mudança de governo após o crime, e partindo da constatação empírica de que os genocídios são, predominantemente, atos de Estado (PENDAS, 2011).¹⁸

Desse modo, os redatores da Convenção se conformam com a possível inaplicabilidade da lei que eles criam, pois a previsão que aprovam é a única sobre a qual se consegue atingir o consenso. Nesse caso, as considerações instrumentais e os interesses de *realpolitik* prevalecem sobre as demandas da justiça. Como consequência, conforme nota Georg Schwarzenberger (1957, p. 143, apud SCHABAS, 2003, p. 43), "a Convenção é desnecessária quando aplicável, e inaplicável quando necessária".

Embora os mecanismos de implementação da CPRCG não sejam o objeto deste trabalho, a sua atenuação por parte dos redatores serve para ilustrar a disposição que eles possuem de comprometer o conteúdo da norma em prol da aprovação do documento e da preservação dos seus interesses nacionais.

O que se percebe é que tal disposição não se restringe apenas aos mecanismos de implementação, abrangendo também a definição de genocídio, especialmente o 2º da Convenção. Conforme já demonstrado, há um descompasso significativo entre o que se demandava da CPRCG, e o que era efetivamente possível materializar. Por conseguinte, tem-se um documento com falhas severas, que apresenta uma definição de genocídio que não é adequada para assegurar que os propósitos da CPRCG sejam cumpridos.

Os principais defeitos da formulação convencional do crime de genocídio foram apresentados na segunda seção deste trabalho. Lembra-se, aqui, das críticas feitas à taxatividade do rol de grupos protegidos pela Convenção, a qual leva à exclusão dos grupos políticos do rascunho do Sexto Comitê e à inaplicabilidade da norma aos grupos que não sejam nacionais,

¹⁸ Esta previsão é confirmada na prática. A primeira condenação pelo crime de genocídio apenas ocorre em 1998, no âmbito de um Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, o TPIR, no julgamento de Jean-Paul Akayesu. Similarmente, as primeiras condenações sob a égide desse tipo penal nos tribunais domésticos apenas prosperam na década de 1990. Portanto, tem-se um intervalo de meio século após a aprovação da CPRCG durante o qual a lei não é aplicada (SCHABAS, 2003).

étnicos, raciais ou religiosos. Similarmente, tem-se também a remoção do genocídio cultural dos elementos objetivos do crime, criando uma lacuna sobre os meios pelos quais a destruição do grupo pode ser efetuada.

Em ambos estes casos, há uma restrição inoportuna ao escopo da Convenção. Vale lembrar que o motivo de se retirar os grupos políticos e o genocídio cultural da CPRCG não é porque os redatores consideram que esses elementos são incompatíveis com o conceito de genocídio, mas sim, porque visam limitar a aplicação da norma aos poucos casos específicos que consideram propícios, pois são os únicos em torno dos quais se consegue acomodar os interesses da maioria. Nas palavras do representante dos Estados Unidos perante o Sexto Comitê, "o sucesso da Convenção é mais importante do que o seu conteúdo" (ABTAHI; WEBB, 2008, p. 1636).

Nos trabalhos preparatórios, há dois motivos principais apresentados para que o conceito de genocídio seja restrito – além dos receios sobre a soberania previamente apontadas. O primeiro deles é a preocupação dos redatores com a necessidade de diferenciar o genocídio dos demais crimes internacionais e violações aos direitos humanos. Naquele momento de edificação do Direito Internacional, busca-se delimitar claramente os fundamentos que passam a integrar o ramo jurídico, especialmente no diploma legal que visa estabelecer o genocídio como um crime autônomo (ABTAHI; WEBB, 2008).

O segundo motivo para se restringir a definição de genocídio é que, na visão dos redatores, expandir exageradamente a noção de genocídio cria o risco de comprometer o sucesso da Convenção. Eles temem que a inclusão de elementos cujas implicações futuras são incertas possa causar suspeita entre os governos de Estados, os quais seriam dissuadidos de votar a favor da aprovação da CPRCG (ABTAHI; WEBB, 2008).

Parte da doutrina defende a restritividade do conceito de genocídio, embora não deixe de notar as suas lacunas e imprecisões. Autores como Eric Weitz (2003), William Schabas (2009) e Kenneth Campbell (2001) apoiam a aderência estrita à definição convencional, pois ela serve como um guia normativo consolidado para compreender o genocídio.

Isso porque não há um consenso entre estudiosos do assunto sobre o que constitui um genocídio, de modo que uma pleora de significados lhe podem ser atribuídos; enquanto existe somente uma única definição legal desse crime, que possui aceitação universal e que se manteve imutável com o passar dos anos, a despeito de suas falhas (SEMELIN, 2007). Ademais, o conceito posto pela Convenção não é apenas o único que é amplamente aceito, como também é o único passível de utilização prática e instrumental pela sociedade internacional, dadas as dificuldades políticas relacionadas à prevenção e à punição do genocídio (CAMPBELL, 2001).

De fato, além do valor político prático da definição, há também a sua utilidade jurídica, ressaltada por Schabas, a qual permite que os advogados internacionais possuam uma base legal concreta que pode ser implementada na acusação de suspeitos de genocídio. Portanto, a definição convencional de genocídio propicia ao Direito Internacional uma fonte de autoridade para a ação coletiva legítima (CAMPBELL, 2001; GALLAGHER, 2013).

A tendência dos autores citados é de evidenciar o status atribuído ao genocídio como o crime dos crimes, e por conseguinte, de rejeitar as tentativas por parte da doutrina e da jurisprudência de expandir demasiadamente o conceito do delito, sob a alegação de que se corre o risco de trivializar a sua gravidade. Segundo Claus Kreß (2006, p. 500, tradução da autora), "nenhuma emenda à definição do genocídio deve afetar o seu escopo restritivo. O resultado de que apenas um pequeno número de atrocidades seja qualificado como genocídio sob a égide do Direito Internacional Penal não é apenas aceitável, como também bem-vindo".¹⁹

Contudo, tais argumentos se tornam tênues em face da constatação de que não existem estas poucas hipóteses ideais às quais a aplicação da Convenção seria evidente. Isso acontece não só por conta da restritividade da norma do genocídio, mas também devido à sua obscuridade. Se a finalidade de restringir os elementos da lei é que ela apenas abarque um número igualmente restrito de casos, como maneira de preservar e salientar a gravidade do crime, então esses elementos precisam ser dotados de uma clareza que permita ao intérprete conhecer os limites do seu âmbito de aplicação. Caso contrário, neste raciocínio, admite-se a possibilidade de que a lei seja interpretada de maneira demasiadamente extensiva, ou mesmo restritiva, de modo que não seja aplicada em absoluto – derrotando, portanto, o desígnio dos redatores, o propósito da restrição da norma, e a finalidade da norma em si.

Contrariamente, ao se rejeitar a lógica interna deste argumento de que a norma do genocídio deve ser entendida de maneira estrita – e que aceita, portanto, o seu conteúdo como está posto –, os limites jurídicos e morais da norma se tornam ainda mais gritantes. O que acontece com as vítimas que pertencem a grupos que não podem ser qualificados como nacionais, étnicos, raciais ou religiosos, ou àqueles que são destruídos por meios que não são físicos ou biológicos? Ou ainda, qual é a resposta que se dá aos responsáveis por atos genocidas cujo dolo específico não pode ser discernido pelos órgãos julgadores mediante as provas que lhes são apresentadas? Afinal, qual é a função de uma lei para prevenir e punir o genocídio, se

¹⁹ No original: "No amendment of the definition of genocide should affect the latter's restrictive scope. The consequence that only very few atrocities will qualify as genocide under international criminal law is not only acceptable, it is one to be welcomed." (KREß, 2006, p. 500)

ela mesma impede que isso aconteça para além dos contornos estreitos e arbitrários que ela traça?

Conclui-se, portanto, que a Convenção é criada com a finalidade ambiciosa de transformar em lei uma proibição de *jus cogens*, motivada pelo ímpeto moral, político e jurídico que advém do Holocausto e dos julgamentos de Nuremberg. Entretanto, ela se torna um documento estático por estar indissolúvelmente atrelada às atrocidades do passado e às limitações de *realpolitik* do momento da sua redação. Como consequência, o seu conteúdo – destacando-se aqui a restritividade e indefinição conceitual dos grupos protegidos, o obscurantismo do elemento intencional, e a insuficiência dos elementos objetivos – se mostra insatisfatório para assegurar a adequada prevenção e punição do crime de genocídio. Ainda assim, parte da doutrina saúda seu mérito, ainda que questione suas falhas, pois aduz que a aceitação universal da norma justifica a sua existência enquanto símbolo da reprovação ao genocídio, mesmo que a sua aplicabilidade seja restrita.

De fato, a existência da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio é imprescindível, tanto moral quanto juridicamente, e não deve ser subestimada. Entretanto, dado o reconhecimento das suas limitações, não é justificável que se favoreça uma interpretação estrita dos seus elementos, pois, como já demonstrado, isso é atuar contrariamente à sua razão de ser.

Apesar do texto da lei ser fixo – caráter exacerbado por sua repetição nos Estatutos dos TPIs –, a interpretação que se extrai da norma deve adotar um paradigma mais aberto e adequado aos contextos jurídico e político do século XXI, que permita que o órgão julgador perceba e supere as suas lacunas e obscuridades, onde a lei permitir e as provas corroborarem. Fazê-lo não equivale a diluir a eficácia simbólica ou a gravidade insólita desse crime, sequer a punir o réu por um delito que não cometeu. Significa, na verdade, que as vítimas de genocídios podem ter suas memórias preservadas através do devido reconhecimento das atrocidades às quais foram submetidas, e que, acima de tudo, a própria lei não sirva como uma escusa para que a justiça não seja feita.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, constata-se que o conceito de genocídio previsto na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio serve como um óbice para que as finalidades deste documento sejam cumpridas. Não obstante, tal definição é a única alternativa legítima

encontrada no ordenamento jurídico internacional para caracterizar esse delito. Dada a sua predominância, é indispensável pensar em soluções para corrigir e aprimorar as lacunas e ambiguidades do texto, sem, contudo, desrespeitar os preceitos postos pela norma.

A primeira das respostas apresentadas a esta questão são os Elementos Constitutivos dos Crimes, que se encontram anexos ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, e servem como fonte de direito para a Corte, auxiliando com a interpretação e a aplicação dos dispositivos relativos aos crimes de guerra, aos crimes contra a humanidade, e ao genocídio. Neste documento, esclarece-se alguns dos principais aspectos do crime de genocídio, especialmente no que diz respeito aos elementos objetivos. Como exemplo, tem-se a noção de que os atos genocidas devem atingir uma ou mais pessoas, de modo que não precisam ter como vítimas um grande número de membros do grupo para que ocorra o crime.

A jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais *Ad Hoc* também é indispensável para o desenvolvimento do conceito de genocídio. Os julgamentos realizados por esses órgãos confrontam, pela primeira vez, as dificuldades relativas à aplicação da CPRCG, especialmente no que diz respeito a subsunção de casos práticos à norma do genocídio. As interpretações realizadas pelos juízes no âmbito de tais Cortes estabelecem o significado de muitos dos elementos mais indefinidos do crime, adotando perspectivas por vezes mais restritivas, outras mais expansivas.

Ainda assim, há situações nas quais, perante as provas das condutas dos réus, os TPIs encontram dificuldades em qualificá-las como genocídio. Nessas hipóteses, é comum que as sentenças condenem o acusado de ter cometido crimes contra a humanidade, ao invés de genocídio. Isso porque aqueles são mais claramente caracterizados, graças à amplitude da proteção da norma, e da maior facilidade serem provados, especialmente devido à ausência do requisito da intenção de destruir um grupo. Além do mais, os parâmetros da pena previstos para ambos os crimes são os mesmos. Desse modo, os crimes contra a humanidade podem servir para preencher as lacunas deixadas pelo conceito de genocídio, como no caso da lista taxativa de grupos protegidos (SCHABAS, 2009).

Além destas, há outras soluções que mostram maior rejeição ao conceito convencional de genocídio, e são mais propositivas do que factuais. Uma delas é a ideia de que os costumes devem ser utilizados no julgamento dos casos, até mesmo em detrimento da aderência estrita à norma convencional. É o que propõe David Bettwy (2011), ao argumentar que a proibição ao genocídio, por possuir um escopo mais abrangente, deve ser manejada com fundamento para suplementar as lacunas da Convenção, de modo a expandir o escopo da sua aplicação, inclusive no que toca em outros grupos além daqueles previstos taxativamente.

Também é possível argumentar que a norma do genocídio não pode ser sanada de modo algum, e que, devido às suas insuficiências e às limitações que lhe são impostas em função do contexto no qual ela foi redigida, a única alternativa viável é a criação de uma nova lei internacional tipificando o genocídio. Em tese, o potencial protetivo desta norma poderia ser expandido em relação à sua versão anterior devido à significativa evolução nos campos do Direito Internacional Penal, do Direito Humanitário e dos Direitos Humanos.

Contudo, apesar de tais alternativas oferecerem algumas respostas aos problemas encontrados na norma, a prevenção e a punição plenamente efetivas do crime de genocídio permanece um ideal distante, pois muitas das suas dificuldades ainda não se encontram superadas. Assim, os Elementos Constitutivos dos Crimes não elucidam todas as dúvidas pertinentes a este tipo penal – como, por exemplo, o significado da expressão "no todo ou em parte", ou os requisitos exatos do elemento intencional –, sequer resolvem questões como a exclusão de grupos do escopo da norma ou do genocídio cultural.

De forma similar, mesmo os Tribunais *Ad Hoc*, que conseguiram realizar várias condenações de genocídio bem-sucedidas, por vezes divergiram quanto à interpretação de certos aspectos da norma, tanto no âmbito de Cortes diferentes, quanto internamente, ao se comparar as decisões das Câmaras de Julgamento e de Apelação. Desse modo, ainda há ambiguidades normativas que persistem. Também é interessante notar aqui que é improvável que o direito costumeiro seja utilizado para expandir o escopo da lei sobre o genocídio, pois, na prática, isso não aconteceu na jurisprudência destes Tribunais, os quais se fixaram apenas à definição convencional do crime.

A proposta de se criar uma nova lei sobre o genocídio também parece confinada ao plano das ideias. A ampla aceitação da CPRCG e o feito da sua aplicação, embora limitado, parecem ser suficientes para atestar a sua utilidade jurídica. Ademais, não há nenhuma garantia de que preocupações políticas como as que comprometeram a sua redação na década de 1940 não acabem afetando também a nova versão da lei. Igualmente, não há o ímpeto político que havia após o fim da Segunda Guerra Mundial, de modo que, ao se agrupar tais considerações, cria-se sérias dúvidas sobre a probabilidade de se criar outra norma sobre o genocídio para substituir a atual, bem como sobre a sua chance de êxito.

Apesar deste panorama, ainda há o que se fazer para viabilizar a prevenção e a repressão do crime de genocídio, a despeito das restrições impostas pela insuficiência da sua definição legal. Os julgamentos a serem realizados pelo Tribunal Penal Internacional, que hoje é o único órgão permanente com jurisdição sobre os delitos internacionais, serão cruciais para definir a maneira que o conceito de genocídio será interpretado.

Até o presente momento, o TPI não julgou nenhum réu acusado de genocídio. Por isso, a Corte ainda possui uma maior liberdade para delimitar os contornos que esse delito pode adquirir na sua jurisprudência, bem como no ordenamento jurídico internacional. Dadas as experiências dos TPIs *Ad Hoc* e a rica doutrina que se tem desenvolvido desde a criação da CPRCG, muitos dos problemas relativos à definição do genocídio já foram iluminados, assim como possíveis formas de resolvê-los. Cabe ao TPI adotar uma postura mais categórica em relação a tais pontos, guiada pelos valores jurídicos e morais que são a verdadeira razão de ser da norma, e não pelos bastidores políticos que a debilitaram.

Sem embargo, ao se adotar o conceito legal como paradigma, ainda há dificuldades que não podem ser transpostas sem ocorrer uma clara violação aos limites impostos pela norma. Nestes casos, conforme levantado, a punição das condutas sob a égide dos crimes contra a humanidade surge como último recurso para evitar que os acusados comprovadamente culpados pela realização de condutas criminosas não sejam inocentados em função de tais restrições.

Não é ideal que um delito receba uma denominação diversa da que lhe é devida, especialmente no caso do genocídio, em que o julgamento dos responsáveis é parte importante da preservação da memória deste crime. Apesar disso, existem outros meios para além da esfera jurídica que permitem tal conservação, e podem contar com uma maior participação da sociedade civil e dos sobreviventes destes eventos. Portanto, na ausência de alternativas, a utilização do tipo penal de crimes contra a humanidade como maneira de suprir as lacunas do crime de genocídio parece ser a solução mais adequada. Ademais, o regime internacional de proteção aos direitos humanos também fornece fundamentos legais a prevenção de atrocidades tal como o genocídio, mesmo que não sejam assim denominadas.

Afinal, apesar das limitações impostas à utilidade prática do conceito legal de genocídio, é imperativo destacar que o seu valor simbólico da Convenção continua sendo incontestável. Após milênios de história marcados por conflitos não regulados e violência irrestrita, surge a possibilidade de se estabelecer controles coercitivos a tais atos.

Como visto, esse fenômeno, representado aqui na CPRCG, é relativamente recente, e não deixa de enfrentar dificuldades. Ainda assim, a criação de uma norma de abrangência universal, que visa combater aquela que é socialmente considerada uma das piores atrocidades possíveis, denota a capacidade de convergência global de povos, que se unem com o propósito de assegurar a manutenção da paz e a preservação dos grupos humanos. Por isso, o aprimoramento da lei sobre o genocídio é mais uma etapa importante desse esforço coletivo.

REFERÊNCIAS

- ABTAHI, Hirad; WEBB, Philippa. **The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires**. Leiden: Brill, 2008. v. 1.
- AMBOS, Kai. What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?. **International Review of the Red Cross**, v. 91, n. 876, p. 833-858, 2009.
- BACHMAN, Jeffrey S. An historical perspective: The exclusion of cultural genocide from the genocide convention. *In*: BACHMAN, Jeffrey S. (ed.). **Cultural Genocide**. Londres: Routledge, 2019. p. 45-61.
- BARTROP, Paul. The relationship between war and genocide in the twentieth century: A consideration. **Journal of Genocide Research**, v. 4, n. 4, p. 519-532, 2002.
- BASSIOUNI, M. Cherif. International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes. **Law and Contemporary Problems**, v. 59, n. 4, p. 63-74, 1996.
- BERES, Louis René. Justice and realpolitik: International law and the prevention of genocide. **Am. J. Juris.**, v. 33, p. 123, 1988.
- BEW, John. **Realpolitik: A history**. New York: Oxford University Press, 2016.
- BETTWY, David Shea. The Genocide Convention and unprotected groups: Is the scope of protection expanding under customary International law. **Notre Dame J. Int'l & Comp. L.**, v. 2, p. 167, 2011.
- BLOXHAM, Donald; PENDAS, Devin O. Punishment as Prevention?: The Politics of Punishing Génocidaires. *In*: BLOXHAM, Donald; MOSES, A. Dirk (ed.). **The Oxford Handbook of Genocide Studies**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 617-637.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BRASIL. **Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952**. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1952. Disponível em: <https://bit.ly/2WiLN82>. Acesso em: 23 ago. 2021.
- _____. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3tZdgsG>. Acesso em: 14 mar. 2022.
- CAMPBELL, Kenneth. **Genocide and the global village**. New York: Palgrave, 2001.
- CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr Philippe. **Direito internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- COELHO, Raquel Faria Pinto. Cultural genocide and the conservative approach of the genocide convention. **Teoria e Cultura**, v. 2, n. 1-2, 2007.

COOPER, John. **Raphael Lemkin and the struggle for the genocide convention**. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

FOURNET, Caroline. **The crime of destruction and the law of genocide: Their impact on collective memory**. Aldershot: Ashgate, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Genocídio. **Revista de Direito Penal**, São Paulo, v. 9/10, p. 27-36, jan./jun., 1973.

FRIEZE, Donna-Lee. **Totally Unofficial: The Autobiography of Raphael Lemkin**. New Haven: Yale University Press, 2013.

GALLAGHER, Adrian. **Genocide and its threat to contemporary international order**. London: Palgrave Macmillan, 2013.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. **El ius cogens internacional: Estudio histórico-crítico**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

GREENAWALT, Alexander K.A. Rethinking genocidal intent: The case for a knowledge-based interpretation. **Columbia Law Review**, p. 2259-2294, 1999.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos: O breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legality of the threat or use of nuclear weapons**: Advisory Opinion of 8 July 1996. 8 jul. 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3suBwll>. Acesso em: 16 ago. 2021.

JONES, Adam. **Genocide: A Comprehensive Introduction**. 3. ed. New York: Routledge, 2017.

KREß, Claus. The Darfur Report and genocidal intent. **Journal of International Criminal Justice**, v. 3, n. 3, p. 562-578, 2005.

_____. The crime of genocide under international law. **International Criminal Law Review**, v. 6, n. 4, p. 461-502, 2006.

LEMKIN, Raphael. Les actes constituant un danger général (interétatique) considérés comme délites des droit des gens. *In*: Conférence pour l'Unification du Droit Pénal à Madrid, 5., 1933, Madrid. **Relatório especial**. Paris: A. Pedone, 1933. Disponível em: <https://bit.ly/3jiPEKn>. Acesso em: 2 ago. 2021.

_____. **Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress**. Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

MAY, Larry. **Genocide: A normative account**. New York: Cambridge University Press, 2010.

_____. **Crimes against humanity: A normative account**. New York: Cambridge University Press, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

METTRAUX, Guénaél. **International Crimes: Law and Practice**, Vol. 1: Genocide. New York: Oxford University Press, 2019.

PENDAS, Devin. O. Toward World Law? Human Rights and the Failure of the Legalist Paradigm of War. *In*: HOFFMAN, Stefan-Ludwig (ed.). **Human Rights in the Twentieth Century**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 215-236.

ROTHER, Dawn; MULLINS, Christopher. Darfur and the politicization of International Law: Genocide or crimes against humanity?. **Humanity & society**, v. 31, n. 1, p. 83-107, 2007.

SEMELIN, Jacques. **Purify and destroy: The political uses of massacre and genocide**. New York: Columbia University Press, 2007.

SCHABAS, William A. **Genocide in international law: the crimes of crimes**. 2 ed. New York: Cambridge University Press, 2009.

_____. National courts finally begin to prosecute genocide, the 'Crime of Crimes'. **Journal of International Criminal Justice**, v. 1, n. 1, p. 39-63, 2003.

TAMS, Christian; BERSTER, Lars; SCHIFFBAUER, Björn. **Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary**. Munich: Verlag C. H. Beck oHG, 2014.

TRIFFTERER, Otto; AMBOS, Kai (eds.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. 3. ed. London: Bloomsbury, 2016.

UNITED NATIONS. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. **Treaty Series**, vol. 78, p. 277, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3mBRtoQ>. Acesso em: 26 ago. 2021.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **A/RES/96**. 11 dez. 1946. Disponível em: <https://bit.ly/3m9qsZC>. Acesso em: 16 ago. 2021.

VALENTE, Júlia Leite. O escopo do crime de genocídio: considerações epistemológicas sobre os massacres. Passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v. 7, n. 2, p. 244-260, 2015.

VAN SCHAACK, Beth. The crime of political genocide: repairing the Genocide Convention's blind spot. **Yale Law Journal**, v. 106, p. 2259, 1996.

WEITZ, Eric D. **A century of genocide: utopias of race and nation**. Princeton: Princeton University Press, 2003.

WOUTERS, Jan; VERHOEVEN, Sten. The prohibition of genocide as a norm of *ius cogens* and its implications for the enforcement of the law of genocide. **Int'l Crim. L. Rev.**, v. 5, p. 401, 2005.