

Dogmática dos crimes de lesa-humanidade

*Dogmatics of crimes against humanity*¹

LUIZ REGIS PRADO

Professor Titular de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá.
Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado/Doutorado) em Direito da
Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo.
consultoria@regisprado.com.br

MARINA FOLMANN MAYER

Pós-Graduada em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá.
Advogada.

Área do Direito: Penal; Internacional; Direitos Humanos

RESUMO: O presente artigo se dedica à análise dos aspectos jurídico-penais dos crimes de lesa-humanidade previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI). Inicialmente, cumpre evocar a importância da internacionalização da tutela dos direitos humanos para o desenvolvimento do Direito Penal Internacional, especialmente no que tange à concretização de uma jurisdição supranacional. Os principais marcos na evolução da justiça penal internacional foram os Tribunais Militares Internacionais e os Tribunais Penais *ad hoc* que previram em seus estatutos os crimes internacionais que hoje compõem a competência material do TPI. Esse processo de repressão internacional desencadeado principalmente após a Segunda Guerra Mundial culminou na adoção do Estatuto de Roma (1998) – diploma que traz em seu bojo a mais recente definição de crimes de lesa-humanidade. Após essa abordagem histórico-jurídica, serão analisados os elementos que hoje caracterizam essa espécie de crimes, concluindo, então, pela importância de se aprimorar a doutrina sobre os elementos que compõem o crime e incorpora-lo ao ordenamento jurídico interno.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Internacional – Tribunal Penal Internacional – Crimes de lesa-humanidade.

ABSTRACT: This article explores the legal and criminal aspects of crimes against humanity based on the statute of the International Criminal Court. Firstly, it explores the development of International Criminal Law within international protection of human rights, specifically the establishment of a supranational jurisdiction. The main frameworks of international criminal justice are based on the statutes and decisions of International Military Tribunals and the International Criminal Courts *ad hoc*. The process of international repression of crimes against humanity has advanced *principally* after the Second World War, culminating in the adoption of the Rome Statute (1998) – a document that outlines the most recent definition of crimes against humanity. An analysis of the elements, which characterize crimes against humanity, follows. Finally, the article examines the fundamental importance of developing the analysis

¹ Publicado em: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, v.105, 2018, p. 467 – 536.

about the crime's elements and outlines the need of introduction of crimes against humanity into Brazilian law.

KEYWORDS: International Criminal Law – International Criminal Court – Crimes against humanity.

1. Considerações gerais

Sabe-se que a função precípua do Direito Penal nos ordenamentos jurídicos internos radica na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade.² De forma análoga, cumpre ao Direito Penal Internacional desenvolver-se nas pegadas do seu congêneres, o direito positivo interno.

Assim, compreende-se o Direito Penal Internacional como o setor do ordenamento internacional que visa à tutela dos bens vitais, ou seja, mais relevantes à própria comunidade internacional, e diante das formas de agressão mais graves,³ em obediência aos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima e da fragmentariedade.⁴

Com o fim da conflagração mundial em meados do século XX, e suas nefastas consequências em matéria de tutela dos Direitos Humanos, a internacionalização do Direito Penal se evidencia de forma clara e objetiva.

Nessa linha de pensar, assinala-se que a consagração internacional do Direito Penal, no período que sucedeu a Nuremberg, liberta o Direito Internacional de sua ancestral imperfeição consistente na ausência de força heterônoma, transformando o “ilícito internacional” de caráter civil em “crime internacional”, o que não poderia ser vislumbrado antes da incriminação internacional de condutas especificamente humanas e individualizadas.⁵

Em que pesem as críticas ao processo de internacionalização penal, insta ressaltar que tal fenômeno é perfeitamente adequado ao estágio em que a humanidade se encontra. Na atualidade, a ordem internacional não se limita a regular tão somente as relações entre Estados, mas também entre indivíduos.⁶

Demais disso, convém salientar que, *a pari* e interconectado ao referido processo em âmbito penal, evidencia-se uma maior conscientização da necessidade imprescindível de proteção

² PRADO, L. R. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 21 e ss.

³ GIL GIL, A. *Derecho Penal Internacional*, p. 28; *El genocidio y otros crímenes internacionales*, p. 18.

⁴ Cf. PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. 2. ed., I, p. 251-254.

⁵ QUINTANO RIPOLLES, A. *Tratado de Derecho Penal Internacional e internacional penal*, I, p. 430.

⁶ “Lo que legitima la intervención por la fuerza del Derecho es la creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran. De esta manera el individuo se convierte en la referencia central en la definición del concepto de bien jurídico, también en el orden internacional. Por lo tanto podemos concluir que si los bienes jurídicos son aquellas realidades o pretensiones que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social completo construido con esa finalidad o para el funcionamiento del sistema mismo podemos afirmar que son bienes jurídicos del orden internacional la propia existencia de los Estados, la existencia de determinado tipo de grupos humanos, la paz internacional..., pero también lo son los bienes jurídicos individuales fundamentales como la vida humana, la salud individual, la libertad, etc., pues se trata de bienes sin los cuales no es posible la existencia de ningún sistema social” (GIL GIL, A. *El genocidio y otros crímenes internacionales* cit., p. 18-19).

ampla e efetiva dos Direitos Humanos na seara internacional, sobretudo a partir de 1948, com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU).

2. Jurisdição penal supranacional

O processo de internacionalização dos direitos humanos reformulou a concepção de soberania estatal e redefiniu a qualidade do indivíduo, introduzindo-o como sujeito de direito internacional.⁷ Essas conquistas se refletiram sobremaneira no desenvolvimento do Direito Penal Internacional, culminando na adoção de cortes internacionais, ainda que para um número restrito de infrações.

Nessa linha de pensar, há precedentes históricos que não podem ser olvidados, como o julgamento de Peter Von Hagenbush,⁸ em Breisach (Alemanha) pela Corte do Sacro Império Romano (1474), composta de 28 juízes de nações aliadas; a proposição de Gustave Moynier,⁹ visando ao estabelecimento de uma repressão penal internacional destinada àqueles que violassem a Convenção de Genebra (1864); e, ainda, o Tratado de Versalhes,¹⁰ firmado ao final da Primeira Guerra Mundial, que previa em seu texto a composição de um tribunal de cinco juízes de nacionalidades diferentes, com a função de julgar o *Kaiser*, que, entretanto, acabou refugiado nos Países Baixos, e não foi entregue às potências aliadas.¹¹

Tais iniciativas, ainda que por vezes sem êxito, revelam que a ideia de constituição de um tribunal penal internacional não surgiu tão somente após o fim da Segunda Guerra, de modo que a instauração de uma jurisdição supranacional já era objeto de reflexões e projetos,¹² antes mesmo do Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg.

⁷ Cf. ARAÚJO, G. F. de. Proteção dos direitos humanos por organismos internacionais: controle e coercibilidade: Tribunais Penais Internacionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 58, 2007. p. 282.

⁸ Cf. BASSIOUNI, M. C. *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, p. 2; DEFEIS, E. F. The Evolution of International Criminal Law. In: *Perspectives on 9/11* edited by Yassin El-Ayouty, p. 44. NERI GUAJARDO, E. P. Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma. *RBCC*, 48, 2004, p. 10.

⁹ Cf. HALL, C. K. The first proposal for a permanent international criminal court. *International Revue of The Red Cross*, 80, 1998, p. 59-78. Sua proposição de dez sucintos artigos pode ser encontrada no anexo do artigo, HALL, C. K. Op. cit. Disponível em inglês em: [\[www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jp4m.htm\]](http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jp4m.htm). Acesso em: 03.07.2013.

¹⁰ Cf. NERI GUAJARDO, E. P. Op. cit., p. 13; e BAZELAIRE, J-P.; CRETIN, T. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*, p. 15.

¹¹ Quanto aos motivos para a recusa da extradição de Guilherme II, vide REBUT, D. *Droit pénal international*, p. 485. A respeito, Marrielle Maia observa que nesse momento a justiça foi sacrificada em favor da política pois “havia uma preocupação maior em salvaguardar a paz na Europa” (MAIA, M. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*, p. 47).

¹² Cf. BAZELAIRE, J-P.; CRETIN, T. Op. cit., p. 16-19; PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. 2. ed., I, p. 405; REBUT, D. Op. cit., p. 486-487.

2.1. Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e de Tóquio

As atrocidades cometidas durante a “Era Hitler”¹³ ultrajaram a dignidade humana. A crueldade com que foram praticados os crimes e a escala em que foram perpetrados ultrapassaram toda e qualquer noção que se tinha de barbárie.¹⁴

Antes mesmo do fim do conflito, os representantes dos Aliados já se manifestavam acerca da sorte que seria destinada aos dirigentes nazistas. Contudo, a jurisdição internacional propriamente dita decorreu do Acordo de Londres¹⁵ e da Proclamação Especial.¹⁶

O procedimento adotado pelos dois Tribunais Militares Internacionais (TMIs), de Nuremberg e de Tóquio, foi regulamentado de maneira muito semelhante. A competência material dos tribunais se limitou aos crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.¹⁷

¹³ A literatura a respeito do tema é quase inabarcável, vide, por exemplo, CRUZ DÍAZ, J.; RODRÍGUEZ PRIETO, R. *Holocausto y crímenes contra la humanidad*. Barcelona: Anthropos, 2009; KERSHAW, I. *Hitler*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Cia das Letras, 2013; ARENDT, H. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, p. 273. Isso para mencionar apenas uma face da questão. Vale dizer, os crimes igualmente gravíssimos e similares do regime estalinista no âmbito do Estado soviético comunista, para dizer o mínimo. Em realidade, no Ocidente, especialmente, os intelectuais de “esquerda” têm sido em geral benevolentes em relação à matéria. (MONTEFIORE, S. S. *La corte del zar rojo*. Trad. Teófilo de Lozoya. Barcelona: Crítica, 2010; KOTKIN, S. *Stálin*. Paradoxes of power. I (1878-1928) e II (1928-1941). Penguin Press, 2014; SERVICE, R. *Stálin*. The biography. Boston: Harvard Univ. Press, 2006). Narra H. Arendt o que se segue: “O único homem pelo qual Hitler sentia ‘respeito incondicional’ era ‘Stálin, o gênio’, e, embora no caso de Stálin e do regime soviético não possamos dispor (e provavelmente nunca venhamos a ter) a riqueza de documentos que encontramos na Alemanha nazista, sabemos, desde o discurso de Krushchev perante o Vigésimo Congresso do Partido Comunista, que também Stálin só confiava num homem, e que esse homem era Hitler” (*Origens do totalitarismo*, p. 359-360). Na atualidade, após a queda da URSS, não há nenhuma dúvida sobre a similitude e afinidade dos citados regimes.

¹⁴ MAZZUOLI, V. de O. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed., p. 741.

¹⁵ Datado de 8 de agosto de 1945, foi resultado das negociações sobre as condições de julgamento dos criminosos nazistas formuladas pelos Estados Unidos, França, Reino Unido e União Soviética. Este Acordo fundamentou-se na Declaração de Moscou de 1943 prevendo expressamente em seu artigo 1º que o Tribunal Militar Internacional (TMI) julgaria os criminosos de guerra cujos delitos não tivessem região geográfica precisa, sendo eles acusados individualmente ou na qualidade de membros de organizações ou grupo, ou de ambos (BAZELAIRE, J.-P.; CRETIN, T. Op. cit., p. 119 – anexo 2).

¹⁶ A rendição do Japão o submeteu à autoridade do comandante supremo das forças aliadas, General MacArthur que estava incumbido de seguir as diretrizes emanadas do Presidente Truman sobre a política de ocupação do Japão. Por um ato chamado Proclamação Especial, o General MacArthur criou em 16 de janeiro de 1946 o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente – cuja sede seria em Tóquio -, o qual teria competência para julgar, individualmente ou como membros de organizações, os grandes criminosos de guerra (REBUT, D. Op. cit., p. 491).

¹⁷ Com detalhes, BOSLY, H.-D.; VANDERMEERSCH, D. *Génocide, crimes contre l’humanité et crimes de guerre face à la justice*, p.49-51; GIL GIL, A. *El genocidio y otros crímenes internacionales*, p. 33-43; GARAPON, A. *Des crimes qu’on ne peut ni punir ni pardonner*, p. 23 e ss. Este último autor assinala, *ipsis litteris*: “Le procès de Nuremberg fut-il le dernier acte de la guerre ou la première pierre d’une justice internationale, ‘le droit d’un moment ou le moment d’un droit’? Il semble avoir acquis au fil du temps valeur de précédent en servant de référence à pratiquement tous les procès ultérieurs. Ses multiples imperfections ont été petit à petit purgées par le travail minutieux des juristes qui en ont dégagé des principes. Ses irrégularités furent prescrites par le temps pour ne laisser dans notre mémoire collective qu’un acte fondateur” (GARAPON, A. Op. cit., p. 25).

Os crimes contra a paz¹⁸ compreendiam, de um lado, aquelas ações que tivessem ligação com uma “guerra de agressão”, e de outro lado, as ações perpetradas no contexto de uma guerra violadora de tratados, garantias ou acordos internacionais.

Os crimes de guerra foram definidos pelos dois estatutos¹⁹ como violações às leis e costumes da guerra. No Estatuto do Tribunal Militar Internacional (ETMI) de Nuremberg, tais crimes (de guerra) abarcavam as condutas cometidas contra prisioneiros de guerra, populações civis de territórios ocupados ou cidades e bens situados em território inimigo.

Os diplomas aplicados em Nuremberg e Tóquio definiam os crimes de lesa-humanidade como:

“O assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham constituído ou não uma violação do direito interno do país onde foram perpetrados, tenham sido cometidos em decorrência de qualquer crime que faça parte da competência do Tribunal, ou estejam vinculados a esse crime”.²⁰

Essa primeira definição jurídica dos crimes contra a humanidade se aproximava muito da definição dada aos crimes de guerra. Nestes últimos, há uma infração aos usos e costumes da guerra, remetendo a uma certa lealdade na utilização das armas.²¹

Como bem se assinala, em Nuremberg, o crime contra a humanidade foi acrescentado *in extremis*, como um codicilo ao crime de guerra.²²

A principal diferença residia na aplicabilidade dos crimes contra a humanidade aos fatos ocorridos antes da guerra e praticados contra as próprias populações civis. Com tal previsão, seria possível punir as barbáries cometidas pelos alemães contra a própria população civil alemã, já que os crimes de guerra só se aplicavam a condutas praticadas contra os civis do lado inimigo.

Os dois estatutos, entretanto, limitaram a aplicação dos crimes contra a humanidade ao exigirem que as ações delitivas fossem cometidas em decorrência de qualquer crime que fizesse parte da competência do Tribunal, ou que estivessem vinculados a esse crime. Dessa forma, não seria possível punir ações que não tivessem nexos com um crime contra a paz ou com um crime de guerra.

Convém observar que muitas críticas surgiram quanto à legitimidade do tribunal, principalmente relacionadas ao princípio da legalidade.²³

¹⁸ Os crimes contra a paz foram entendidos como: “a direção, a preparação, o desencadeamento ou a continuidade de uma guerra de agressão, ou de uma guerra violando tratados, garantias ou acordos internacionais, ou a participação em um plano orquestrado ou em um complô para o cumprimento de qualquer um dos atos anteriores” (Art. 6º, (a) do Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg – ETMI) (BAZELAIRE, J.-P.; CRETIN, T. Op. cit. anexo 2, p. 123).

¹⁹ Art. 6º, (b) do ETMI de Nuremberg e art. 5º, (b) do ETMI para o Extremo Oriente.

²⁰ Art. 6º, (c) do ETMI de Nuremberg e art. 5º (c) do ETMI para o Extremo Oriente.

²¹ Sobre a noção clássica de guerra, VON CLAUSEWITZ, C. *Da guerra*, p. 7 e ss. (“guerra é, pois, um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se à nossa vontade”).

²² GARAPON, A. Op. cit., p. 117.

²³ Cf. JAEN VALLEJO, M. *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional*, p. 45-

O Tribunal de Nuremberg fundamentou a previsão dos crimes contra a humanidade em seu próprio estatuto.

Apresenta-se como sistema narrativo incontornável no qual se opera a formulação da justiça penal internacional.²⁴

A célebre cláusula *Martens*,²⁵ do preâmbulo da convenção de Haya de 1907 só visava às populações dos territórios ocupados e aos beligerantes, de modo que não protegia as populações vítimas de violações praticadas por suas próprias autoridades.²⁶

A escassez de textos internacionais suscetíveis de serem invocados para fundamentar a previsão dos crimes contra a humanidade parece ter sido a razão de o Estatuto ter subordinado a sua repressão à conexão com os crimes contra a paz e os crimes de guerra.²⁷

Tais foram os primeiros contornos que os crimes de lesa-humanidade receberam no âmbito de uma jurisdição penal internacional, e que serviram de inspiração às disposições legais posteriores.

2.2. Tribunais Penais Internacionais (TPIs) *ad hoc*

Após um longo período de debates e reflexões internacionais sobre a criação de um tribunal penal internacional permanente, os conflitos decorrentes do esfacelamento da República Federal Socialista da Iugoslávia e o massacre de mais de 800.000²⁸ *tutsis* e *hutus* moderados em Ruanda ensejaram, em 1993 e 1994, a instituição de dois tribunais *ad hoc*.²⁹

O Conselho de Segurança da ONU, fundamentado no Capítulo VII³⁰ da Carta das Nações Unidas, instaurou, por meio de duas Resoluções,³¹ os referidos Tribunais Penais Internacionais, cujo caráter *ad hoc* limitava no tempo e no espaço sua competência.

²⁴ GARAPON, A. Op. cit., p. 86.

²⁵ A cláusula *Martens*, que deu origem ao termo “crimes contra a humanidade”, contida na IV Convenção de Haia (1907), dispunha que para o não contido de modo expreso na convenção ‘los habitantes y los beligerantes quedarán bajo la protección y sujetos a los principios del Derecho de gentes tal y como resulta de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública’ (GIL GIL, A. Op. cit., p. 107). Também em BOUVIER, A. A. *Direito internacional humanitário e direito dos conflitos armados*. Instituto para Treinamento das Operações de Paz, 2011. p. 11. Disponível em: [http://media.peaceopstraining.org/course_promos/international_humanitarian_law/international_humanitarian_law_portuguese.pdf]. Acesso em: 01.07.2013.

²⁶ Essa cláusula, de valor consuetudinário incontestável, versava sobre as leis e costumes da guerra.

²⁷ REBUT, D. Op. cit., p. 506.

²⁸ Cf. Doc. ONU, S/1999/1257, de 16 de dezembro de 1999, vide anexo: “Report of the Independent Inquiry into the actions of United Nations during the 1994 genocide in Rwanda”.

²⁹ Sobre os aludidos tribunais, GIL GIL, A. *El genocidio y otros crímenes internacionales*, p. 45-61.

³⁰ A Carta autoriza o Conselho de Segurança a tomar as medidas necessárias para manter ou reestabelecer a paz e a segurança internacionais. Vide art. 39 da Carta da ONU.

³¹ Para a Iugoslávia: Resolução S/RES/827 (1993) do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Para Ruanda: Doc. ONU, S/RES/955 de 8 de novembro de 1994.

Os TPIs *ad hoc* foram instituídos para julgar os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade³² e outras violações.³³

Mas ao contrário do ocorrido com o genocídio, ao qual foi dedicada uma convenção,³⁴ nenhum instrumento internacional definiu os crimes contra a humanidade após sua primeira previsão no Estatuto do Tribunal de Nuremberg.

A extrema gravidade dos atos cometidos na antiga Iugoslávia conduziu à elaboração de uma nova definição internacional dos crimes contra a humanidade.³⁵

Os atos constitutivos dos crimes contra a humanidade nos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais (ETPIs) *ad hoc* são o homicídio, o extermínio, a escravidão, a deportação, a prisão, a tortura, o estupro, as perseguições por razões políticas, raciais e religiosas, e os “outros atos desumanos”.³⁶

Contudo, os dispositivos que versam sobre os crimes contra a humanidade do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia³⁷ e do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda³⁸ possuem algumas diferenças³⁹ com relação ao contexto em que as condutas são praticadas e com relação aos motivos que lhes inspiraram. De todo modo, esses diplomas inspiraram a redação que viria a ser elaborada para a previsão dos crimes contra a humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI).

3. Tribunal Penal Internacional

Após breve explanação acerca da evolução das jurisdições penais internacionais e sua relação com os crimes contra a humanidade, convém, agora, ater-se à instauração do Tribunal Penal Internacional (TPI), e a previsão desses crimes em seu estatuto.

A experiência dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e de Tóquio deu impulso ao ideal de um Tribunal Penal Internacional (TPI).

³² Artigos 5º e 3º dos Estatutos dos Tribunais para a Iugoslávia e Ruanda, respectivamente.

³³ Cf. arts. 2º a 5º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (ETPII) e arts. 2º a 4º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ETPIR).

³⁴ O genocídio é previsto igualmente pelos estatutos de ambos os tribunais (Art. 4º do ETPII e art. 2º ETPIR), reproduzindo a definição da Convenção de 1948 para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

³⁵ REBUT, D. Op. cit., p. 531-532. O crime de lesa-humanidade constitui uma incriminação saída da guerra, mas que lhe é contrária: o massacre erigido em política, o modelo do não-combate oposto àquele do combate (GARAPON, A. Op. cit., p. 126).

³⁶ Art. 5º do ETPII e art. 3º do ETPIR. Estas previsões foram inspiradas nas dos estatutos dos TMI (Nuremberg e Tóquio), visto que elas retomam expressamente vários termos, acrescentando, na verdade, somente as hipóteses de: prisão, tortura e estupro. Estas adições visaram, sem dúvida, dissipar eventuais questionamentos sobre a possibilidade de qualificar estes atos como desumanos.

³⁷ Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia.

³⁸ Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

³⁹ O ETPI exige que os atos sejam praticados durante um conflito armado, de caráter internacional ou interno, dirigido contra uma população civil. Esta relação com um conflito armado não foi reproduzida no Estatuto do TPIR, o qual dispôs que as condutas, para serem incriminadas sob a rubrica de crimes contra a humanidade, devem ser realizadas em um quadro de ataque generalizado e sistemático dirigido contra uma população civil qualquer que seja, por motivos de ordem nacional, política, étnica, racial ou religiosa.

Contudo, a Guerra Fria⁴⁰ coibiu a convergência de interesses dos Estados nesse sentido, pois, naquele momento, conservar a plena soberania lhes parecia mais importante.⁴¹

Os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* reforçaram as iniciativas nesse sentido, mas foi tão somente em 1997 que a Assembleia Geral da ONU convocou uma conferência de plenipotenciários para concluir e adotar uma convenção que tratasse da criação de um tribunal penal internacional.⁴²

Tal conferência⁴³ se deu em Roma, e levou à adoção, em 17 de julho de 1998, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. O documento compreendia inicialmente 128 artigos,⁴⁴ nos quais ficou regulamentada sua competência e funcionamento, à semelhança dos tribunais internacionais que o precederam.

A ratificação necessária para a entrada em vigor do Estatuto de Roma acabou alcançada e ultrapassada em 2002.

No Brasil, o Congresso Nacional o aprovou por meio do Decreto Legislativo 112, de 2002, e promulgou o Estatuto pelo Decreto 4.388, de 2002.

Convém destacar que o TPI não é uma jurisdição *ad hoc*, sua competência não é restringida *a priori* por limites geográficos ou temporais determinados.

O Tribunal Penal Internacional tem competência material (*ratione materiae*) sobre “crimes de maior gravidade com alcance internacional”,⁴⁵ isto é “que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”,⁴⁶ quais sejam: o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão.⁴⁷

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI), além de especificar os crimes sob sua competência, instituiu conteúdo que contribuiu para interpretação jurídica dos crimes internacionais.⁴⁸ Esse documento (*Elementos dos Crimes*) versa tanto sobre os elementos objetivos, como sobre os elementos subjetivos que integram a redação dos crimes nele insculpidos.

⁴⁰ “A rígida lógica da guerra fria não favorecia a formação de consenso sobre os valores tidos como fundamentais para a humanidade a partir dos quais se pudesse definir os crimes internacionais” (MAIA, M. Op. cit., p. 51-52).

⁴¹ “Apesar dos esforços levados a cabo nos primeiros anos das Nações Unidas, o impulso político inicial se desvaneceu: não chegou a haver, durante a Guerra Fria, desdobramentos concretos relacionados ao projeto para uma corte criminal internacional. (...) De fato, havia controvérsias em torno do assunto, que não puderam ser dirimidas naquele contexto. As maiores dificuldades decorriam do fato de o direito penal consistir em área na qual as prerrogativas da soberania se manifestam de modo evidente” (CARDOSO, E. *Tribunal penal internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*, p. 26).

⁴² Doc. ONU, A/Res/51/207, de 16 de janeiro de 1997.

⁴³ A referida conferência ocorreu no período entre 15 de junho e 17 de julho de 1998 reunindo mais de 160 governos e mais de 200 ONGs. Sobre as negociações e propostas de regimes apresentados (KAUL, H-P. *A corte internacional criminal: a luta pela sua instalação e seus escopos*, p. 112-118. In: CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. (Org.). *Tribunal Penal Internacional*, p. 109-124).

⁴⁴ O Estatuto do TPI foi alterado após a conferência de revisão que ocorreu em Kampala em 2010. A conferência de Kampala conduziu à adoção de uma resolução que definiu o crime de agressão e fixou as condições de exercício da competência da Corte com relação a este crime.

⁴⁵ Cf. Art. 1º do ETPI.

⁴⁶ Cf. Art. 5º do ETPI.

⁴⁷ Cf. Alíneas do art. 5.1 do ETPI.

⁴⁸ Cf. Art. 9º do ETPI.

Calha observar que tais crimes não precisam necessariamente ter caráter transnacional. Isso significa que determinado crime realizado no território de um único Estado, por e contra seus nacionais, pode ser submetido ao Tribunal Penal Internacional, a depender de sua natureza.

No que tange à previsão dos crimes contra a humanidade, observa-se que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional reempregou alguns elementos que foram previstos nos estatutos dos TPIs *ad hoc*, além de ter inserido condutas que não haviam sido objeto de repressão nas jurisdições penais internacionais anteriormente instauradas.

3.1. Princípio da subsidiariedade

A criação de um Tribunal Penal Internacional teve como principal empenho a garantia da soberania dos Estados. Para superar tal entrave, estabeleceu-se como princípio norteador do sistema penal internacional o princípio da subsidiariedade (também chamado “complementaridade”).

É pertinente observar que existem dificuldades decorrentes das diferenças linguísticas na tradução dos textos normativos.

Afirma-se, nesse passo, que o termo “complementaridade” (em espanhol, “complementaridad”) provém do vocábulo inglês “complementarity”, mas que na verdade deveria ser traduzido por “subsidiariedade” (“subsidiariedad”, em espanhol), dado que essa seria a ideia mais correta do princípio que constitui a alma do sistema penal internacional. Isso porque “complementário” vem a ser o que acrescenta, que agrega, soma ou integra algo, sem que um ou outro elemento se exclua; de outro lado, para denotar a ideia de uma instituição que está em reserva para suprir ou substituir completamente a outra por conta de sua inação ou fracasso, e não para somar-se a ela, especialmente no âmbito jurídico quando se diz que uma é *subsidiária* a outra.⁴⁹ Portanto, reputa-se conveniente e acertada a referida distinção, razão pela qual adota-se, no presente estudo, o termo “subsidiariedade” em vez de “complementaridade”.

O princípio da subsidiariedade favorece a repressão dos crimes internacionais pelas jurisdições nacionais,⁵⁰ e se consubstancia no preceito de que o Tribunal Penal Internacional não substitui nem é superior às jurisdições domésticas. Pode ser ele extraído do próprio Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que em seu artigo 1º dispõe expressamente que o Tribunal é “complementar às jurisdições penais nacionais”, e no preâmbulo giza que “é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais”.

Nota-se que a preferência é dada às jurisdições nacionais, de modo que a atuação destas últimas obstaculiza a ação do Tribunal Penal Internacional.

O artigo 17 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional prevê que um caso é inadmissível pelo Tribunal Penal Internacional quando objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tem competência para tanto, ou quando o caso tiver sido objeto de inquérito e o Estado decide não proceder à ação –, o que traduz o papel subsidiário do Tribunal Penal Internacional, e a primazia atribuída às jurisdições penais nacionais.

⁴⁹ PASTOR, D. R. *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos de Estatuto de Roma*, p. 165.

⁵⁰ GARIBIAN, S. *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'État moderne: naissance et consécration d'un concept*, p. 425.

Todavia, quando o Estado responsável pelo inquérito ou pelos processos não tem vontade ou capacidade para conduzi-los, o Tribunal Penal Internacional poderá atuar. O mesmo ocorre se o Estado não dá *seguimento* ao processo criminal porque não quer reprimir determinada pessoa criminalmente, ou não tem capacidade real para fazê-lo.⁵¹

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI) determina os critérios de aferição da falta de vontade ou da incapacidade para o processo nos parágrafos 2º e 3º do seu artigo 17. Entre as situações previstas estão as seguintes: a morosidade injustificada incompatível com a intenção de julgar a pessoa acusada, a ausência de independência ou imparcialidade na condução dos procedimentos, a incapacidade de reunir elementos de prova em razão de um colapso no aparelho judiciário etc.

4. Crimes de lesa-humanidade

4.1. Introdução

“Os homens normais não sabem que tudo é possível” (David Rousset⁵²).

A expressão “crimes contra a humanidade” é empregada como parte do vocabulário internacional muito antes de receber qualquer significado jurídico.

As primeiras menções a tais crimes fizeram parte da retórica diplomática sem que os Estados se importassem em estabelecer exatamente o que esses termos poderiam abranger, tanto de um ponto de vista filosófico ou humanista, quanto de um ponto de vista jurídico-penal.⁵³

A universalização dos direitos humanos impulsionou o reconhecimento de certas garantias por parte dos Estados, o que, progressivamente, elevou a proteção da dignidade da pessoa humana ao patamar internacional.⁵⁴

Como bem se esclarece, antes mesmo do processo de internacionalização dos direitos humanos, a comunidade internacional já previa a proteção da população civil durante conflitos armados, buscando, com isso, firmar padrões mínimos de tratamento humanitário com relação às pessoas que não participavam das hostilidades.⁵⁵

⁵¹ Art. 17, § 1º, *b*, parte final, ETPI.

⁵² ARENDT, H. *Origens do totalitarismo*, p. 337.

⁵³ CURRAT, P. *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour Pénal International*, p. 32. Definidos como « crimes contra a humanidade e a civilização » em 18 de maio de 1915, pela França, Rússia e Inglaterra, em relação ao massacre dos armênios pelos turcos (sobre esse ponto, BETTATI, M. *Crime contre l'humanité*. In: ASCENCIO, H.; DECAUX, E.; PELLET, A. *Droit International Penal*, p. 103 e ss.). A respeito também se destaca que « la idea de intervención para salvaguardar la humanidad o la dignidad humana y la existencia de grupos nacionales y minorías étnicas, culturales o religiosas frente a los abusos cometidos por un Estado, ya fue desarrollada en el legado de algunos pensadores clásicos como Vitoria, Suárez, Gentili y Grocio » (MÁRQUEZ CARRASCO, C. *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad*, p. 27).

⁵⁴ SOUSA, S. A. de. Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade. In: *XVth International Congress of Social Defense Justice and cooperation in criminal matters in international military interventions*. Toledo, September 2007. Disponível em: [www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/01_Do_bem_juridico_penal_protegido_nos_crimes_contra_a_humanidade_de_Souza.pdf]. Acesso em: 03.07.2014.

⁵⁵ CAPELLÀ I ROIG, M. *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, p. 34-35.

A conceituação de “crimes contra a humanidade” emerge sobremaneira após a Segunda Guerra Mundial, com a instauração dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e de Tóquio, cujos estatutos previam a repressão a esses crimes, mesmo vinculando-os aos crimes contra a paz e aos crimes de guerra.⁵⁶ Sua origem, portanto, remonta ao Direito Internacional, nos albores do século XX, com a definição jurídica prevista no artigo 6 c) do Tribunal de Nuremberg.⁵⁷

Dado o alcance dos crimes praticados durante o regime nazista, afirmou-se, no contexto da Comissão das Nações Unidas sobre os crimes de guerra, criada pelos aliados em 1943, que

“La noción de crímenes contra la humanidad, tal como se desarrolló por la Comisión, se basó en la opinión de que muchos delitos cometidos por el enemigo no podían técnicamente tratarse como crimines de guerra en sentido estricto debido a uno o varios elementos de diversa naturaleza. En este sentido, la nacionalidad de las víctimas jugaba un papel principal, como quedó ejemplificado en los casos de los judíos austríacos y alemanes, así como de los judíos de otros países satélites del Eje, como Hungría y Rumania. Las víctimas eran sometidas al mismo trato que los nacionales de los países aliados en territorios ocupados: eran deportados e internados en condiciones inhumanas en campos de concentración, maltratados o exterminados sistemáticamente”.⁵⁸

“La decisión d’inclure les crimes contre l’humanité dans le Statut de Nuremberg et ainsi d’habiliter le Tribunal de Nuremberg à jouer ce crime, a résulté de la decisión des Alliés de ne pas limiter leur pouvoir de châtiment à ceux qui avaient commis des crimes de guerre dans l’acception traditionnelle mais de couvrir aussi ceux qui avaient commis d’autres infractions graves échappant au domaine des crimes des guerre traditionnels, comme les crimes dont la victime est apatride, a la même nationalité de l’auteur de l’infraction ou celle d’un État allié à celui de l’auteur”.⁵⁹

Assim, o crime de lesa-humanidade acabou criado sob medida para responder às atrocidades perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, colmatando lacuna então existente.

Em verdade, até Nuremberg não existia no Direito Internacional nem crime contra a humanidade – enquanto infração penal – nem responsabilidade penal internacional individual.⁶⁰

⁵⁶ Vide tópico 1.1.

⁵⁷ Cf. DELMAS-MARTY, M. e outros. *Le crime contre l’humanité*, p. 10 e ss.

⁵⁸ O (novo) conceito de crime de lesa humanidade, adotado em 08 de agosto de 1945 (art. 6 c)), vinha justificado pela evolução das leis de humanidade e as exigências da consciência pública do decorrer da guerra. Dizia o citado artigo: “el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea competencia del Tribunal o en relación a ese crimen, implique o no el acto una violación del derecho interno del país donde se haya cometido”.

⁵⁹ DELMAS-MARTY, M. Op. cit., p. 13-14.

⁶⁰ Ibidem, p. 11.

Como visto, o conceito de “crimes de lesa-humanidade” passou por considerável evolução até alcançar a definição adotada atualmente pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional.⁶¹ Nele se engloba a violação a bens jurídicos por meio de um ataque, que deve ser generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, sendo que tal ataque deve se dar de acordo com a política de um Estado ou de uma organização. Não se exige mais um conflito armado, mas apenas a presença de um quadro de ataque generalizado e sistemático.

A partir dessas considerações, passa-se a dedicar especial atenção a cada um dos elementos que compõem a definição dos crimes contra a humanidade constante do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

4.2. Bem jurídico tutelado

A análise material da noção dos crimes de lesa-humanidade deve começar com a delimitação do bem jurídico protegido por essa espécie de crime.

Sabe-se que a titularidade dos bens jurídicos individuais é estritamente pessoal, diferentemente do que ocorre com os transindividuais. Nestes últimos, a titularidade ultrapassa a esfera privada sem, contudo, deixar de envolver o indivíduo como membro indistinto de uma comunidade. Isto é, nos bens jurídicos individuais a referência ao indivíduo é direta, enquanto nos transindividuais a referência individual é indireta, em maior ou menor grau.⁶²

É evidente que os tipos objetivos incriminados no Estatuto do Tribunal Penal Internacional atentam contra bens jurídicos individuais das vítimas. Contudo, o que confere a tais condutas a repressão a título de crimes contra a humanidade vem a ser o contexto geral em que são praticadas. Isso porque os atos incriminados violam bem jurídico transindividual e, assim, ensejam proteção concreta do Direito Penal Internacional.

Nesse sentido, quando se fala em crimes internacionais, deve-se ter em mente que a humanidade como um todo possui interesses e valores que merecem ser tutelados.

No caso de genocídio, protege-se a existência de diversos grupos humanos (nacionais, étnicos, raciais ou religiosos); no caso de crime de agressão, busca-se salvaguardar a paz e a segurança, uma vez que tal crime pressupõe conflito entre Estados.

Porém, na hipótese de crimes de lesa-humanidade, o bem jurídico transindividual tutelado não resta tão evidente assim.

Autores há que apontam como bens jurídicos transindividuais tutelados pelos crimes de lesa-humanidade a paz e a segurança mundiais.⁶³

Todavia, essa não é hipótese mais convincente, pois, no caso de crimes contra a humanidade que ocorrem dentro de um único Estado, não há lesão direta ou ameaça de lesão à paz ou à segurança mundial propriamente ditas. Entende-se que esses bens jurídicos seriam, como observado, mais afetos ao crime de agressão.

⁶¹ BAZELAIRE, J-P.; CRETIN, T. Op. cit., p. 73.

⁶² PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. 2. ed., I, p. 471.

⁶³ Cf. WERLE, G. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, p. 468-469 e 471-472; CAPELLÀ I ROIG, M. Op. cit., p. 348.

A incriminação de diversas condutas sob a rubrica de “crimes contra a humanidade” decorre do carácter universal dos direitos humanos, que faz com que violações sistemáticas a esses direitos mereçam a reprimenda da comunidade internacional.

Dessa feita, entende-se que, em qualquer de suas modalidades, havendo ou não o envolvimento de mais de um Estado, o bem jurídico transindividual tutelado pelos crimes de lesa-humanidade é a dignidade humana em sua face coletiva, isto é, a dignidade humana como “valor comum, sentido reconhecido e partilhado pela comunidade internacional”⁶⁴ – “valor universalmente protegido”.⁶⁵

Mais que ao homem, é o “direito de ter direitos”, isto é, a possibilidade de toda relação jurídica que destrói o crime contra a humanidade. É a humanidade nua, despida de sua roupagem jurídica de proteção.⁶⁶

Afirma-se que o contexto de ataque, generalizado ou sistemático, em conformidade com a política de um Estado ou organização, confere “uma especial ilicitude, uma ilicitude agravada face aos crimes previstos nas ordens nacionais”.⁶⁷

Em referência à matéria, destaca-se o seguinte asserto:

“Assim se compreende que um acto homicida isolado deste contexto não lese a humanidade na sua dimensão colectiva, mas, por sua vez, o acto de matar alguém no contexto de um ataque geral e sistemático contra uma população constitua um crime contra a humanidade. Nesta vertente a dignidade humana assume um fundamento colectivo. Trata-se, quanto a nós, de um bem jurídico colectivo porque pertence à comunidade internacional, onde todos nos englobamos e de onde ninguém pode ser excluído. Neste sentido, é a identidade da vítima, a Humanidade, que faz o crime contra a Humanidade”.⁶⁸

Em outras palavras, além do bem jurídico individual que é inegavelmente aviltado (vida, liberdade, integridade física), o contexto de ataque exigido pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional para que o ato configure crime contra a humanidade indica que a violação generalizada ou sistematizada dos direitos humanos ofende não só os interesses das vítimas concretas, mas a dignidade humana como valor caro a toda a humanidade.

⁶⁴ SOUSA, S. A. de. Op. cit., p. 17.

⁶⁵ Cf. DELMAS-MARTY, M. Op. cit., p. 55. O crime contra a humanidade implica em um duplo desequilíbrio: de um lado, uma organização política que amplia a força dos indivíduos. Esse crime desvela sua frieza absoluta de uma não-relação, de uma falta de reciprocidade levada ao extremo, até não mais se reconhecer nenhuma semelhança humana no outro (caso dos campos de concentração); de outra parte, o horror de um corpo à corpo onde um tem o outro a sua inteira disposição (caso da tortura). Nessa modalidade de crime, há claramente uma espécie de desumanização: não se consuma pela morte física, mas pela “mort d’avant la mort”. Há uma insensibilidade profunda com o outro ser humano. O crime contra a humanidade começa quando os homens são confundidos com as coisas (GARAPON, A. Op. cit., p. 128, 130, 131, respectivamente).

⁶⁶ GARAPON, A. Op. cit., p. 134-135.

⁶⁷ Ibidem, p. 16.

⁶⁸ Ibidem, loc. cit.

4.3. Elementos

A redação do artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional se concentra em dois aspectos principais: a definição geral, que forma o *caput* da disposição, seguida da enumeração dos atos constitutivos do crime (art. 7º, § 1º).

Como se pode depreender da análise histórica, o conceito de crimes de lesa-humanidade sofreu modificações desde a sua previsão no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg até alcançar o formato adotado pela Assembleia Geral da ONU na formulação do Estatuto de Roma de 1998, qual seja:

Artigo 7º Crimes contra a Humanidade

“1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de *apartheid*;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental”.⁶⁹

⁶⁹ Decreto 4.388, de 25 de dezembro de 2002 — promulgação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

De primeiro, calha pontuar que o referido tópico “elementos dos crimes”,⁷⁰ que opera na interpretação dos crimes internacionais, deve ser utilizado para a construção das reflexões doutrinárias sobre o tipo penal *ut supra* colacionado.

Tanto no sistema *common law* como no *civil law*, as teorias de base reconhecem que é preciso ao menos dois elementos para definir um crime: o objetivo (material) e o subjetivo (intencional).⁷¹

O primeiro – elemento objetivo (*actus reus*) – descreve uma conduta proibida que pode se consubstanciar em uma ação ou em uma omissão. Por sua vez, o elemento psicológico (*mens rea*) se apresenta como indispensável à definição dos crimes e à análise da responsabilidade penal individual.

Para avaliar com justiça e equidade o comportamento delituoso, convém levar em conta não somente a definição abstrata dos elementos constitutivos do crime, mas também todas as circunstâncias⁷² que o envolvem.

Com efeito, um ato não é qualificado da mesma maneira quando inserido em circunstâncias diferentes, por exemplo, um homicídio pode ser classificado como crime de lesa-humanidade ou crime de guerra,⁷³ dependendo, entre outros elementos, do contexto em que está inserido.

A técnica legislativa empregada no Tribunal Penal Internacional descreve esse contexto e elenca os atos que, em consonância com a disposição geral, caracterizam crimes contra a humanidade.

4.3.1. Elementos constitutivos gerais

Para compreender o contexto exigido pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional para que uma conduta seja tida como crime contra a humanidade, será preciso analisar os parágrafos 1º e 2º do artigo 7º que dizem, em suma, que os atos deverão ser praticados no “quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil” e que este ataque, deve se dar “de acordo com a política de um Estado ou de uma organização”.

4.3.1.1. Ataque

O ataque – ação ofensiva com a qual se busca atingir um objetivo – não precisa ser militar,⁷⁴ isto é, não exige o envolvimento das forças armadas de um Estado. Pode o ataque, entretanto, anteceder um conflito armado, prosseguir após sua cessação ou continuar durante o seu

⁷⁰ Documento adotado pela Assembleia dos Estados Partes em setembro de 2002 – ICC-ASP/1/3(PART II-B) disponível em inglês, espanhol, francês e árabe no site da Corte Penal Internacional. Disponível em: www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/Pages/legal%20tools.aspx. Acesso em: 03.07.2014.

⁷¹ CURRAT, P. Op. cit., p. 52-53.

⁷² “The subparagraphs (...) must be read in conjunction with the *chapeau* of the article. Only when the requirements included in the heading are satisfied, a murder can be qualified as a crime against humanity over which the Court is allowed to exercise its jurisdiction” (BOOT, M. *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, p. 477).

⁷³ Artigo 8º, 2, a, i) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

⁷⁴ ETPI. Elementos dos crimes. Artigo 7º. Parágrafo 3º da Introdução: “(...) No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. (...)”: “(...) Não é necessário que os atos constituam um ataque militar (...)” .

desenvolvimento, sem necessariamente integrá-lo. Ademais, não se limita ao recurso à força armada, compreendendo igualmente maus tratamentos infligidos à população civil.⁷⁵

Tanto a introdução redigida para os “Elementos dos Crimes”⁷⁶ como o parágrafo 2º, a⁷⁷ do artigo 7º (ETPI) descrevem o termo “ataque” como o comportamento que envolve a execução múltipla dos atos mencionados no artigo 7º, parágrafo 1º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

A prática múltipla se caracteriza tanto pelo exercício reiterado da mesma ação típica, quanto pela execução dos diferentes tipos previstos. Contudo, não se exige que um mesmo autor aja em todos os casos.⁷⁸

Calha observar que a realização de um único ilícito pode configurar crime contra a humanidade quando for parte integrante de um conjunto de atos que caracterizam o ataque.⁷⁹

Por fim, convém sinalizar que, para configurar o “ataque”, não se exige o emprego de violência armada contra a população civil, podendo ser caracterizado por outros tipos de abusos, por exemplo, maus-tratos perpetrados por motivos discriminatórios.⁸⁰

4.3.1.2. Caráter generalizado ou sistemático

Os crimes de lesa-humanidade não são identificados pela execução de atos isolados, mas sim por atos praticados no contexto de um ataque *generalizado ou sistemático*.

Em geral, excluem-se atos isolados, realizados à título meramente individual, ainda que o liame exigido seja apenas de ordem indireta.

⁷⁵ Cf. DELMAS-MARTY, M. Op. cit., p. 29.

⁷⁶ Elementos dos Crimes, Artigo 7º. Parágrafo 3º da Introdução: “Par « attaque lancée contre une population civile » on entend (...), le comportement qui consiste en la commission multiple d’actes visés au paragraphe 1 de l’article 7 du Statut à l’encontre d’une population civile quelle qu’elle soit, (...)”: “3. Por ‘ataque contra uma população civil’ entende-se, (...), o comportamento que consiste na execução múltipla dos atos a que se refere o parágrafo 1 do artigo 7 do Estatuto contra qualquer população civil, (...)”.

⁷⁷ “a) Por ‘ataque contra uma população civil’ entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política”.

⁷⁸ BOOT, M. Op. cit., p. 478.

⁷⁹ Nesse sentido, o TPII, sentença de 07 de maio de 1997 (Tádic, TC caso n. IT-94-1-T), parágrafo 649: “(...)The decision of (...) is a recent recognition of the fact that a single act by a perpetrator can constitute a crime against humanity. In that decision the Trial Chamber stated: ‘30. Crimes against humanity are to be distinguished from war crimes against individuals. In particular, they must be widespread or demonstrate a systematic character. However, as long as there is a link with the widespread or systematic attack against a civilian population, a single act could qualify as a crime against humanity. (...)’” Disponível em: [www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf]. Acesso em: 03.07.2014.

⁸⁰ TPII: sentença de 1º de setembro de 2004 (Brdanin, TC caso n. IT-99-36-T), parágrafo 131: “(...) In the context of a crime against humanity, an “attack” is not limited to the use of armed force; it also encompasses any mistreatment of the civilian population. (...)” Disponível em: [www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/en/brd-tj040901e.pdf]. Acesso em: 03.07.2014; TPIR, sentença de 1º de dezembro de 2003 (Kajelijeli, TC caso n. ICTR-98-44A-T) parágrafo 868: “868. Moreover, an attack committed on specific discriminatory grounds need not necessarily require the use of armed force, it could also involve other forms of inhumane mistreatment of the civilian population.” Disponível em: [www.unict.org/Portals/0/Case/English/Kajelijeli/judgement/031201-TC2-J-ICTR-98-44A-T-JUDGEMENT%20AND%20SENTENCE-EN_.pdf]. Acesso em: 03.07.2014.

O termo “generalizado” (difundido, propagado) refere-se a um ataque conduzido em grande escala que resulte em considerável número de vítimas. Um crime pode ser considerado como generalizado tanto em razão da reunião de uma série de atos desumanos, quanto pelo efeito oriundo de um único ato de grande amplitude.⁸¹ Em outras palavras, a generalidade do ataque pode ser aferida pela quantidade de vítimas, ou pelo seu alcance geográfico.⁸²

Convém salientar, contudo, que não há qualquer parâmetro que preestabeleça o número de vítimas necessário para que se possa afirmar que o ataque preencheu o requisito da “generalidade”.⁸³

Por sua vez, o caráter *sistemático* se refere ao planejamento e organização dos atos de violência.

Nesse sentido, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia já aduzia em decisão que “o termo ‘sistemático’ se refere a ‘natureza organizada dos atos de violência e a improbabilidade de sua ocorrência aleatória’”.⁸⁴

Afirma-se que um “ataque sistemático” sugere uma ação organizada e metódica que de algum modo seguirá um tipo de plano preconcebido⁸⁵. Porém, conforme tal entendimento, isso não significa que a existência de um plano ou de uma política deve ser elemento necessário do crime. Não se pode concordar totalmente com esse posicionamento. Isso porque o parágrafo 2º, alínea *a* do mesmo artigo (7º, ETPI) determina que o “ataque contra uma população civil” deve estar de acordo com a “política de um Estado ou de uma organização”.

Entende-se, portanto, que o caráter sistemático do ataque possui íntima relação com a exigência do referido parágrafo 2º, que traz mais um elemento (vinculação do ataque com a política de um Estado ou organização) que caracteriza o contexto geral em que as condutas devem estar inseridas para serem enquadradas como crimes contra a humanidade.⁸⁶

⁸¹ CURRAT, P. Op. cit., p. 99. Nesse sentido também se manifestou o TPII, em sentença de 3 de março de 2000 (BLASKIC, TC) parágrafo 206: “(...) A crime may be widespread or committed on a large-scale by ‘the cumulative effect of a series of inhumane acts or the singular effect of an inhumane act of extraordinary magnitude’”. Disponível em: [www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf]. Acesso em: 03.07.2014.

⁸² Nesse sentido WERLE, G. Op. cit., p. 477.

⁸³ TPII, sentença de 3 de março de 2000 (BLASKIC, TC caso n. IT-95-14-T) parágrafo 207: “(...) The quantitative criterion is not objectively definable as witnessed by the fact that neither international texts nor international and national case-law set any threshold starting with which a crime against humanity is constituted”. Disponível em: [www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf]. Acesso em: 03.07.2014.

⁸⁴ TPII sentença de 12 de junho de 2002, (Kunarac et al., AC caso n. IT-96-23 & IT-96-23/1-A), parágrafo 94. “As stated by the Trial Chamber, the phrase ‘widespread’ refers to the large-scale nature of the attack and the number of victims, while the phrase ‘systematic’ refers to ‘the organized nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence’. The Trial Chamber correctly noted that “patterns of crimes – that is the non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis – are a common expression of such systematic occurrence” (*sem grifo no original*) Disponível em: [www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf]. Acesso em: 03.07.2014.

⁸⁵ “Esto es cierto, la idea de un ataque sistemático sugiere una acción organizada y metódica y que los ataques, por lo general, seguirán algún tipo de plan preconcebido, aunque esto no significa que la existencia de un plano de una política deba ser elemento legal necesario del crimen” (WERLE, G. Op. cit., p. 478-479).

⁸⁶ Em posicionamento similar, afirma-se que um ataque sistemático exige que sua preparação esteja ancorada em uma política ou em um plano comum de seus autores: “Elle doit être organisée et suivre un plan, une politique commune à ses auteurs et surtout, s’appuyer sur des ressources

Embora o Estatuto do Tribunal Penal Internacional estabeleça que os critérios de generalidade e sistematização são alternativos⁸⁷ e não cumulativos, na prática dificilmente estão dissociados, uma vez que um ataque capaz de gerar um grande número de vítimas e/ou perpetrado em grande escala tende a ser concretizado por meio de planejamento, organização.

A sua aferição constitui noção relativa que deve ser apreciada no *in concreto* considerando, para tanto, a população alvo, os métodos e recursos empregados na execução dos crimes, as consequências infligidas à população, o número de vítimas, a natureza dos atos, bem como outras características que possam qualificar o ataque como generalizado e/ou sistemático.⁸⁸

4.3.1.3. Política de um Estado ou de uma organização

Assim, dispõe o artigo 7º, 2, *a* do ETPI:

a) Por “ataque contra uma população civil” entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, *de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política.* (sem grifo no original)

A política exigida pelo dispositivo *supra* requer que o Estado ou a organização *promova ativamente ou incentive*, estimule, um ataque dessa índole contra uma população civil.⁸⁹

Contudo, nos “Elementos dos Crimes”,⁹⁰ há uma importante observação sobre tal requisito: em circunstâncias excepcionais, essa política pode executar-se por meio de uma *omissão intencional de agir*, que demonstra o encorajamento consciente a um ataque dessa natureza. Todavia, dispõe, em sua parte final, que a existência de uma política nesses moldes (que por seu caráter omissivo estimule/encoraje conscientemente a violação generalizada ou sistemática dos direitos fundamentais de uma dada população civil) não pode ser aferida exclusivamente pela inação do governo ou da organização.

substantielles, privées ou publique. En d’autres termes, une attaque systématique demande une certaine préparation appuyée sur une politique ou un plan commun de ses auteurs, que y investissent des moyens importants” (CURRAT, P. Op. cit., p. 99).

⁸⁷ Sobre a questão, o TPII na sentença de 7 de maio de 1997 (Tádic, TC caso n. IT-94-1-T) parágrafo 646 esclareceu: “646. While this issue has been the subject of considerable debate, it is now well established that the requirement that the acts be directed against a civilian “population” can be fulfilled if the acts occur on either a widespread basis or in a systematic manner. Either one of these is sufficient to exclude isolated or random acts.” Disponível em: [www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tsj70507JT2-e.pdf]. Acesso em: 03.07.2014.

⁸⁸ CURRAT, P. Op. cit., p. 100-101.

⁸⁹ Elementos dos Crimes, artigo 7, Introdução, parágrafo 3: “3. (...) Se entiende que la ‘política de cometer ese ataque’ requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”. Eugênio Aragão ratifica: “Mas é necessário esse elemento político porque, senão, qualquer tipo de onda de violência, como o “arrastão” no Rio de Janeiro, poderia ser crime contra a humanidade” (ARAGÃO, E. J. G. Crimes contra a humanidade: sistema internacional de repressão. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, 75, 2009, p. 92).

⁹⁰ “La política que tuviera una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”. Sobre ese ponto, CURRAT, P. Op. cit., p. 104-105.

Aponta-se, como exemplo dessa omissão intencional, a hipótese em que um Estado deixa de conceder/efetivar medidas de proteção para a população, ou não persegue os autores dos crimes, configurando-se, com isso, meio efetivo de uma política de terror e extermínio.⁹¹

Acertadamente o diploma não faz nenhuma referência quanto ao conteúdo dessa política, abstendo-se, assim, de limitar o seu alcance, por exemplo, a uma política de hegemonia ideológica.⁹²

A identificação desse requisito deve se dar pelas circunstâncias do caso concreto.⁹³ Indica-se como possíveis indícios de promoção e incentivo ao ataque contra população civil: programas ou escritos políticos, declarações públicas, propagandas, entre outros.⁹⁴

Além disso, o artigo 7º, 2, *a* do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, deixa claro que essa política deve ser conduzida por um Estado ou uma organização.⁹⁵

Assim, entende-se que embora o reconhecimento de um Estado seja controvertido na ordem internacional, as forças que detêm o domínio da região podem ser tidas como “organização”.

Quanto ao alcance do termo “organização”, comunga-se do entendimento pelo qual se pode considerar *organização* qualquer associação que disponha de meios materiais e pessoais, apta a executar um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil.⁹⁶ Além disso, entende-se que os meios utilizados para a consecução de dita política podem ser públicos ou privados.⁹⁷

Destaca-se que a política de uma organização a qual se refere o artigo 7, 2, *a* do Estatuto do Tribunal Penal Internacional aplica-se a organizações de caráter estatal, não abarcando organizações formadas por membros não estatais. Ademais, considera-se que juízes e juristas,

⁹¹ WERLE, G. Op. cit., p. 483.

⁹² CURRAT, P. Op. cit., p. 103.

⁹³ “En el caso de que se exija una política determinada, provenga ésta donde provenga, no será necesario que la misma sea anunciada de manera formal, sino que podría deducirse del modo en que se cometen los actos criminales” (BOLLO AROCENA, M. D. Op. cit., p. 92).

⁹⁴ “Constituyen indicios a tener en cuenta los sucesos reales, programas o escritos políticos, declaraciones públicas o programas de propaganda o la construcción de estructuras de corte político o administrativo” (WERLE, G. Op. cit., p. 481).

⁹⁵ “La politique exigée par le Statut n’est pas seulement celle d’un État mais également celle d’une organisation ayant pour debut la comisión d’une telle attaque” (CURRAT, P. Op. cit., p. 103). “La política exigida debe llevarse a cabo por una entidad específica, por ejemplo, un Estado o una organización. El concepto ‘Estado’ debe interpretarse en un sentido funcional y comprender, además de los 192 Estados que existen el mundo, las fuerzas que dominan de hecho una región en la que ejercen funciones de gobierno” (WERLE, G. Op. cit., p. 481).

⁹⁶ “No queda claro qué requisitos deben exigirse respecto de la ‘organización’. Sin duda se encuadran aquí a grupos de personas que dominan un determinado territorio o por lo menos, se pueden mover por él libremente. Este elemento espacial no es, sin embargo, necesario. Se puede considerar organización cualquier asociación que disponga de los medios materiales y personales para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Junto a las unidades paramilitares también deben tenerse en cuenta, en particular, las organizaciones terroristas” (WERLE, G. Op. cit., p. 482). También, CURRAT, P. Op. cit., p. 104.

⁹⁷ Nesse sentido, Maria Dolores Bollo Arocena: “Por tanto, la comisión de un elevado número de crímenes contra la población civil o la comisión repetida y continuada de estos últimos, con un propósito de carácter político, en sentido amplio, utilizando para ello medios públicos o privados, y con implicación de autoridades políticas o militares de alto nivel (...) daría la medida de lo que debe entenderse por ‘sistematicidad’” (BOLLO AROCENA, M. D. Op. cit., p. 85).

ao afirmarem entendimento contrário, podem alterar o significado dos crimes contra a humanidade.⁹⁸

O entendimento não parece ser o mais adequado. Se assim o fosse, não se poderia considerar crimes de lesa-humanidade os crimes cometidos por membros de organizações como o Estado Islâmico, por exemplo.⁹⁹

Em suma, ao dispor que o ataque deve ser praticado em consonância com uma política ou com vistas a dar-lhe continuidade, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional erigiu essa condição a um elemento constitutivo do ataque e, por consequência, dos crimes contra a humanidade.

Desse modo, só é possível falar em crimes de lesa-humanidade quando o ataque, ainda que generalizado ou sistemático, for perpetrado em observância a uma política de um Estado ou de uma organização.

4.3.1.4. A população civil como objeto do ataque

Consoante disposto no artigo 7, § 1º, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, os crimes contra a humanidade se dirigem contra “qualquer população civil”. Tal expressão, ao longo da história, tem sido uma constante nas definições de crimes de lesa-humanidade, pois constitui a razão de ser dessas incriminações, já que traduz a finalidade de proteção aos civis.

O termo “população” se refere ao conjunto de habitantes de uma determinada área geográfica.¹⁰⁰ Aqui, basta demonstrar que um número suficiente de pessoas foi tido como alvo no curso do ataque (não um grupo limitado de indivíduos escolhidos por acaso).

As qualidades especiais da população civil vítima do ataque são totalmente irrelevantes, pouco importando o pertencimento nacional, racial, étnico, político, cultural ou religioso dessa população, tampouco se exige um caráter homogêneo.¹⁰¹

Ao determinar que as condutas delitivas constituem crimes contra a humanidade quando perpetradas no quadro de um ataque “contra qualquer população civil”, infere-se do tipo penal em questão sua dimensão coletiva.¹⁰² Isto é, o ataque descrito no artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional deve se dar contra uma pluralidade de pessoas, e não contra

⁹⁸ “(...) the term ‘organizational policy’ applies to organizations within a state, such as a segment of the military, intelligence services, the police, or similar organizational units within a state. That term was not intended to apply to any organization whose membership consists of nonstate actors (...). Some judges and jurists seek to extend the meaning of CAH under Article 7(2) to encompass nonstate actors thus altering the meaning of CAH” (BASSIOUNI, M. C. *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, p. 24).

⁹⁹ O Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos já sugeriu a ocorrência prática de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio por parte do Estado Islâmico (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the High Commissioner. *ISIL may have committed war crimes, crimes against humanity and genocide: UN report*. Disponível em: [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15720]. Acesso em: 21.09.2016).

¹⁰⁰ Nesse sentido, BOLLO AROCENA, M. D. Op. cit., p. 93; WERLE, G. Op. cit., p. 470; BETTATI, M., Op. cit., p. 115; DELMAS-MARTY, M. Op. cit., p. 30.

¹⁰¹ CURRAT, P. Op. cit., p. 108.

¹⁰² “Lo que se quiere poner de relieve es el carácter colectivo del crimen y la exclusión de los ataques contra personas individuales y de los actos aislados de violencia” (WERLE, G. Op. cit., p. 470); “Le terme population doit être entendu comme impliquant des crimes de nature collective, excluant des actes individuels ou isolés” (CURRAT, P. Op. cit., p. 106). Também, BOLLO AROCENA, M. D. Op. cit., p. 95.

um único indivíduo. Isso não significa, entretanto, que *toda* a população deve ser vítima do ataque ou estar sujeita a esse ataque.

Quanto ao termo “civil”, percebe-se que seu emprego restringe o sujeito passivo do crime à população civil, excluindo, a princípio, a possibilidade de militares serem vítimas dos crimes de lesa-humanidade.

Todavia, há duas hipóteses¹⁰³ que são levantadas dentro desse tema: a primeira diz respeito aos civis que circunstancialmente empunham armas para defender a si ou a outrem do ataque que lhes é dirigido;¹⁰⁴ e a segunda diz respeito a membros das forças armadas que tenham deposto suas armas e se encontram fora de combate pelos mais diversos motivos (enfermidade, ferimento etc.).¹⁰⁵ Em ambos os casos, entende-se que os sujeitos são considerados civis.

Na primeira hipótese, é evidente que tais sujeitos não perdem a condição de civis. Primeiro porque não integram nenhum corpo militar e sua resistência caracteriza defesa contra um ataque injusto, o que não faz com que eles percam a sua vulnerabilidade frente a um ataque generalizado ou sistemático. Ou seja, as pessoas em tal condição não estariam participando ativa e paritariamente das hostilidades para que se pudesse suscitar a perda de sua condição civil, equiparando-os, assim, aos combatentes.

Já na hipótese que diz respeito aos militares que depuseram suas armas, entende-se que, para aferir o seu caráter civil, não basta aplicar apenas um critério objetivo (pertencimento ou não ao quadro das forças armadas). É preciso considerar, também, em tal caso, a vulnerabilidade dessas pessoas relativamente à violência organizada, pois é esse o escopo dos crimes de lesa-humanidade: proteger aqueles que não participam diretamente da hostilidade e estão vulneráveis em relação à violação sistemática de seus direitos.¹⁰⁶

Há de ser ressaltado que, com fundamento no artigo 50, item 3,¹⁰⁷ do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra, a presença de “não civis” na população alvo não afasta o caráter civil desta população. A condição da população alvo deve ser apreciada globalmente – será considerada “população civil”, se ela o for de maneira predominante.¹⁰⁸

¹⁰³ BOOT, M. Op. cit., p. 486-487; BOLLO AROCENA, M. D. Op. cit., p. 96-97; WERLE, G. Op. cit., p. 473.

¹⁰⁴ Sobre essa questão, vide posicionamento da Comissão de *Experts* (criada pela Resolução 780 de 6 de outubro de 1992 do Conselho de Segurança da ONU) formada para investigar a situação da ex-Iugoslávia. O posicionamento da Comissão de *Experts* pode ser conferido no documento S/1994/674 da ONU, em especial no parágrafo 78.

¹⁰⁵ Quando trata da proteção da população em caso de guerra, a Convenção de Genebra IV (1949) dispõe que aos militares que depuseram as suas armas deve ser dado o mesmo tratamento destinado as pessoas que não participam das hostilidades, o que parece equiparar tais membros das forças armadas aos civis. no Art. 3º, 1 da Convenção: “(...) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.(...)”.

¹⁰⁶ Similar, WERLE, G. Op. cit., p. 472.

¹⁰⁷ “3 – A presença no seio da população civil de pessoas isoladas que não correspondam à definição de pessoa civil, não priva essa população da sua qualidade.”

¹⁰⁸ BOOT, M. Op. cit., p. 486. CURRAT, P. Op. cit., p. 107.

Ante o exposto, conclui-se que a população civil como alvo dos crimes de lesa-humanidade é entendida em sentido amplo. Isto é, abrange as pessoas que pertencem a um movimento de resistência, ou ainda aquelas que outrora ostentaram condição de combatente, mas que, quando do ataque generalizado ou sistemático, não participam das hostilidades, seja por terem abandonado as forças armadas, deposto as armas, ou por estarem fora de combate.

4.3.2. Elemento subjetivo geral (“mens rea”)

O conceito de delito adotado pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional tem um caráter duplo correspondente às linhas do anglo-americano “actus reus/mens rea”,¹⁰⁹ que correspondem à distinção clássica e neoclássica entre o aspecto objetivo e subjetivo (parte externa e interna) de um injusto. Explica-se que esse tipo de estrutura não diferencia claramente o elemento subjetivo (dolo) do juízo de reprovação do ato correspondente a nível autônomo e independente de culpabilidade. Vale dizer: não distingue claramente o injusto da culpabilidade. Por essa e outras razões, sustenta-se a adoção de um sistema mais sofisticado de imputação penal que ofereça maiores benefícios em termos de equidade e justiça.¹¹⁰ De outro lado, opina-se que a doutrina alemã peca por um excesso de formalismo, esquecendo-se de analisar o texto do Estatuto como um todo,¹¹¹ globalmente considerado.

Consoante expressamente dispõe o artigo 30¹¹² do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, só pode ser responsabilizado e punido por um crime contra a humanidade aquele que agir com vontade de praticá-lo e conhecimento de seus elementos materiais, entre eles a consciência de que seus atos se dão em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra população civil.

A disposição legal torna clara a exigência de um elemento subjetivo do injusto (*mens rea*, específica, “dolo específico”) do agente na consecução das práticas punidas como crimes de lesa-humanidade.

No sentido consignado pelo artigo 30, o autor deve querer adotar o comportamento criminoso como forma de participação no ataque.

¹⁰⁹ AMBOS, K. *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, p. 20. Vide também DELMAS-MARTY, M. Op. cit., p. 38-43.

¹¹⁰ AMBOS, K. Op. cit., p. 22-24. Tal postura tem como centro a dogmática alemã, tida, especialmente pelos seus autores, como “modelo” para outros países. Na verdade, o ETPI recebeu maior influência da dogmática anglo-saxônica.

¹¹¹ MELENDO PARDOS, M. *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Desafíos para la dogmática penal continental, p. 95. Convém atentar também para a enorme variação conceitual havida no interior da própria dogmática alemã. Isso para não mencionar todas as demais correntes doutrinárias, vinculadas ou não ao *civil law* (v.g., italiana, francesa) ou *common law* (v.g., inglesa, norte-americana).

¹¹² Artigo 30. Elementos Psicológicos 1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais. 2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem: a) Relativamente a uma conduta, se propuser adotá-la; b) Relativamente a um efeito do crime, se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos. 3. Nos termos do presente artigo, entende-se por “conhecimento” a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões “ter conhecimento” e “com conhecimento” deverão ser entendidas em conformidade.

O sujeito deve cometer de modo proposital as condutas incriminadas conhecendo a ligação que existe entre seu comportamento e o ataque. Nessa linha, sua participação no contexto global só pode ser intencional e direta, o que leva à conclusão que o dolo eventual não enseja responsabilidade penal internacional.¹¹³

No mesmo sentido, a parte final do artigo 7.1¹¹⁴ do Estatuto emprega a expressão “havendo conhecimento deste ataque”, em referência meramente declarativa aos elementos subjetivos gerais do artigo 30. Desta feita, para que um indivíduo que tenha cometido um dos tipos objetivos do artigo 7 (ETPI) seja responsabilizado sob a rubrica de um crime contra a humanidade, é mister que ele tenha agido com conhecimento ou vontade de participar de um ataque, generalizado ou sistemático, contra população civil. Caso contrário, suas condutas (homicídio, estupro, tortura etc.), embora delituosas, não podem ser punidas como crimes de lesa-humanidade.

Nem o Direito Internacional consuetudinário nem o tipo previsto no Estatuto exigem outros elementos subjetivos comuns a todos os crimes de lesa-humanidade.¹¹⁵

O que se faz necessário é a adesão intencional ao ataque por meio dos atos criminosos, prescindindo-se de questionar as razões específicas que impeliram o autor a agir.¹¹⁶

4.4. Tipo objetivo

Antes de adentrar à análise dos tipos objetivos, é preciso esclarecer que a conduta criminosa dirigida contra um único indivíduo pode sim caracterizar crime contra a humanidade.

Nesse ponto, convém observar que se exige uma dimensão coletiva apenas quanto ao “ataque” que contextualiza os crimes de lesa-humanidade. Isso vale dizer, alguém que pratica uma das condutas criminosas constantes do artigo 7.1 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional não precisa necessariamente visar à pluralidade de vítimas; o homicídio de um único sujeito pode ser tido como crime contra a humanidade desde que a conduta delituosa tenha sido praticada no quadro de um “ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil”, respeitado, obviamente, o elemento subjetivo (*mens rea*) exigido pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional no seu artigo 30.¹¹⁷

É o ataque, e não os atos individuais do acusado, que deve ser “generalizado ou sistemático”. Dessa forma, esclarece-se que uma única ação pode, portanto, ser considerada como crime contra a humanidade se tomar parte em um contexto relevante¹¹⁸.

Portanto, esclarecido o contexto geral em que os atos materiais devem ser perpetrados – ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil –; e o elemento subjetivo exigido para a atribuição da responsabilidade penal – conhecimento de que a conduta era

¹¹³ CURRAT, P. Op. cit., p. 112.

¹¹⁴ “1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, *havendo conhecimento desse ataque: (...)* (grifado).

¹¹⁵ WERLE, G. Op. cit., p. 485.

¹¹⁶ CURRAT, P. Op. cit., p. 112.

¹¹⁷ Cf. Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia. Câmara de Primeira Instância. Caso n. IT-95-13-R61, Examen de l’acte d’accusation dans le cadre de l’article 61 du reglement de procedure et de preuve. 03 de abril de 1996. Parágrafo 30.

¹¹⁸ BOLLO AROCENA, M. D. Op. cit., p. 89.

parte desse ataque ou a intenção do autor de que assim fosse –, passa-se à análise dos tipos objetivos elencados no artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.¹¹⁹

4.4.1. Homicídio¹²⁰ (art. 7º, 1, a, do ETPI)

É o primeiro dos atos incriminados que figuram no artigo 7º, 1, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Trata-se de delito comum aos sistemas jurídicos nacionais, e que sempre constou dos instrumentos internacionais que previam os crimes contra a humanidade.

Entende-se por *homicídio* a conduta de quem “matou ou causou a morte” de uma ou mais pessoas.¹²¹

A morte da vítima é resultado essencial à realização do homicídio, pouco importando a maneira como ela ocorreu.¹²² Trata-se, portanto, de delito de resultado e de forma livre.

Como bem jurídico individual tutelado tem-se a vida humana independente,¹²³ de modo que o objeto material do homicídio é o ser humano nascido com vida – este, também, o sujeito passivo imediato do delito.

No que tange ao sujeito ativo, não se verifica qualquer exigência, podendo a conduta ser praticada por qualquer pessoa (delito comum).

Tampouco se verifica elemento subjetivo especial, bastando, para a configuração do homicídio, o preenchimento dos requisitos do elemento subjetivo geral (consciência e vontade) nos moldes do disposto no artigo 30 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

4.4.2. Extermínio (art. 7º, 1, b, do ETPI)

Exterminar vem do latim *exterminare* e pode significar expulsar, banir, desterrar ou, até mesmo, destruir com mortandade, fazer desaparecer; eliminar matando, aniquilar. É com este último sentido que se prevê o extermínio no Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

¹¹⁹ Reputa-se importante sinalizar que o próprio artigo 7º em seu § 2º esclarece o que se deve entender por alguns dos termos empregados nas alíneas do § 1º. Ademais, convém invocar o disposto nos “Elementos dos Crimes” tendo em vista que este documento foi elaborado justamente para orientar a aplicação dos dispositivos previstos no Estatuto. O parágrafo 1 da Introdução Geral deste documento traz a seguinte afirmação: “Em conformidade com o artigo 9, os seguintes elementos dos crimes ajudarão a Corte a interpretar e a aplicar os artigos 6, 7 e 8 de forma compatível com o Estatuto. Serão aplicáveis aos elementos dos crimes as disposições do Estatuto, incluído o artigo 21, e os princípios gerais enunciados na Parte III.” Este documento (“Elementos dos Crimes”) só está disponível em inglês, espanhol, francês e árabe, desta forma é empregada tradução livre quanto ao que nele está disposto.

¹²⁰ Outras considerações em WERLE, G. Op. cit., p. 486-487; CAPELLÀ I ROIG, M. Op. cit., p. 184.

¹²¹ Elementos dos crimes art. 7, 1, a: 1. The perpetrator killed one or more persons. The term “killed” is interchangeable with the term “caused death”. This footnote applies to all elements which use either of these concepts./ 1. L’auteur a tué une ou plusieurs personnes. Le terme « tué » est interchangeable avec l’expression « causé la mort de ». La présente note s’applique à tous les éléments qui utilisent l’une de ces deux expressions./ 1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas. La expresión “dado muerte” es intercambiable con la expresión “causado la muerte”. Esta nota será aplicable a todos los elementos en que se emplee uno de los dos conceptos. Sobre o delito de homicídio em geral, com detalhes, PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*, 2. ed., II, p. 73 e ss.

¹²² CURRAT, P. Op. cit., p. 144.

¹²³ PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. 2. ed., II, p. 78-79.

Incrimina-se a ação de suprimir pessoas de uma população civil não pelo exílio, mas, de modo definitivo, pela morte.¹²⁴

As mortes podem ser causadas indiretamente. Hipótese em que se enquadram as condutas que infligem às vítimas condições de vida que podem produzir a extinção de uma parte da população como, por exemplo, infectá-las com um vírus que possa causar sua morte e privá-las de tratamento médico correspondente.¹²⁵

Tutela-se novamente a vida humana como bem jurídico individual. Diante da proposta de afastar o “extermínio” da previsão do artigo 7º, 1, *b*, sob o argumento de que era coincidente com o “homicídio”, decidiu-se precisar o significado do termo para diferenciar tais crimes.¹²⁶ Assim, dispõe o Estatuto do Tribunal Penal Internacional que “o ‘extermínio’ compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população”.¹²⁷

O tópico “Elementos dos Crimes” admite a imputação do crime de extermínio mesmo que o autor tenha matado uma só pessoa, se sua conduta integrava contexto de matança (vide itens 1 e 2 dos elementos definidos para este crime).¹²⁸

A jurisprudência mais antiga do TPIR (Tribunal Penal Internacional para Ruanda) já chegou a firmar entendimento admitindo a possibilidade de condenação por extermínio quando alguém tenha matado somente uma ou poucas pessoas, desde que esse alguém tivesse consciência de que seu ato constituía parte de um massacre – contexto identificado pela ocorrência de assassinatos consumados dentro de certa proximidade espacial e temporal, que permite analisa-los como um único ataque ou como um ataque que se prolonga.¹²⁹

Contudo, embora a disposição geral (Elementos dos Crimes) preveja expressamente tal possibilidade (a de imputação do delito de extermínio ao agente que tenha matado uma só pessoa, desde que dentro do contexto de massacre), reputa-se que esse entendimento não é o que deve prevalecer.

A conduta de *exterminar* deve ser entendida como matar em grande escala e o extermínio se diferencia do homicídio por requerer um nexó com uma destruição em massa, isto é, o autor

¹²⁴ CURRAT, P. Op. cit., p. 153.

¹²⁵ TPIR, caso ICTR-95-1A-T, Le procureur contre Ignace Bagilishema, Chambre de première instance I, 7 jun 2001, § 90. WERLE, G. Op. cit., p. 489-490. Também, CURRAT, P. Op. cit., p. 167.

¹²⁶ CAPELLÀ I ROIG, M. Op. cit., loc. cit.

¹²⁷ Art. 7º, 2, *b* do ETPI.

¹²⁸ Artículo 7 1) b) Crimen de lesa humanidad de extermínio/ Elementos/ 1. Que el autor haya dado muerte, a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población. 2. Que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte de esa matanza. 3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo. La conducta podría consistir en diferentes formas de matar, ya sea directa o indirectamente. La imposición de esas condiciones podría incluir la privación del acceso a alimentos y medicinas. La expresión “como parte de” comprendería la conducta inicial en una matanza.

¹²⁹ TPIR, caso ICTR-95-1A-T, Le procureur contre Ignace Bagilishema, Chambre de première instance I, 7 jun 2001, §88. Cf. también CURRAT, P. Op. cit., p. 165; BOOT, M. Op. cit., p. 498-499.

deve ser responsável pela morte de uma parte numericamente considerável da população alvo.¹³⁰

Como bem se esclarece, segundo a Comissão de Direito Internacional da ONU, a distinção entre o homicídio e o extermínio repousa no fato de que este último, em razão de sua natureza, é dirigido contra um grupo de pessoas, diferentemente do que ocorre com o homicídio cuja vítima é um indivíduo.

O extermínio comporta, então, de maneira intrínseca um elemento de destruição em massa desconhecido do homicídio, mesmo que este seja cometido em um quadro de ataque generalizado ou sistemático.¹³¹

Importante ressaltar que o extermínio pode caracterizar tanto crime contra a humanidade como genocídio. Para determinar a imputação de uma das espécies de crime é fundamental aferir a existência ou não de um intento discriminatório (elemento subjetivo especial). Isso porque o crime de genocídio exige a especial “intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal”.¹³²

Observe-se que o extermínio enquanto crime contra a humanidade se aplica, portanto, a situações distintas daquelas acobertadas pelo genocídio,¹³³ visto que neste último o autor deve agir impelido pelo propósito de destruir determinado grupo alvo. Esse grupo deve ser identificado por sua nacionalidade, etnia, raça ou religião. Nota-se, por conseguinte, que o sujeito passivo do extermínio é mais amplo que o do genocídio, podendo tratar-se de grupo político, social ou linguístico, bem como de grupos baseados na orientação sexual de seus integrantes. Todavia, não se exige que os membros do grupo atingido pelo extermínio possuam uma característica comum.

Quanto ao sujeito ativo, não há qualquer exigência especial, tratando-se, portanto, de delito comum.

No que tange ao elemento subjetivo (*mens rea*), basta a vontade e consciência de praticar o extermínio (art. 30 do ETPI) sem que, como dito, seja necessário que o autor tenha intenção discriminatória ou quaisquer outras que configurem elemento subjetivo especial.

4.4.2.1. Sujeição intencional a condições de vida com vista a causar a destruição de uma parte da população

Embora os *elementos* do crime de extermínio façam expressa referência ao resultado “morte”, com base no art. 7º, § 2º, *b*, que literalmente dispõe que o extermínio *compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos*,

¹³⁰ WERLE, G. Op. cit., p. 489-492. Também, CURRAT, P. Op. cit., p. 167.

¹³¹ CURRAT, P. Op. cit., p. 164.

¹³² Artigo 6º, ETPI.

¹³³ Nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional da ONU: “In this regard, extermination is closely related to the crime of genocide in that both crimes are directed against a large number of victims. However, the crime of extermination would apply to situations that differ from those covered by the crime of genocide. Extermination covers situations in which a group of individuals who do not share any common characteristics are killed. It also applies to situations in which some members of a group are killed while others are spared”. Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May – 26 July 1996, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10.Doc. A/51/10 p. 48.*

com vista a causar a destruição de uma parte da população, há quem entenda que o Estatuto incrimina as *medidas* empregadas com o objetivo de destruir parte da população.

Nesse sentido, desde que as condições impostas objetivem a destruição de parte da população, não se exige, nos termos do Estatuto, que tal fim seja efetivamente alcançado.¹³⁴

Afirma-se que essa modalidade de extermínio constitui um delito de perigo, visto que a imposição de tais condições bastaria à sua realização:

No que concerne ao crime contra a humanidade de extermínio, convém percebê-lo como um crime de dupla incriminação relacionado, primeiramente, aos assassinatos em massa que exigem o resultado morte, assim como no delito de homicídio, e, em segundo lugar, às condições de vida ajustadas para provocar a destruição de uma parte da população que, como um delito de perigo, não exige a superveniência de um resultado especial.¹³⁵

Contudo, essa não parece ser a interpretação mais acertada. O significado do termo *extermínio* (“eliminar matando”, “aniquilar”, “destruir com mortandade”) conjugado com o disposto no tópico geral (“Elementos dos Crimes”), que exige a morte de uma ou mais pessoas, evidencia a necessidade do resultado morte, não bastando apenas a sujeição a condições de vida indignas para que seja imputado o delito de *extermínio* a alguém.

A conduta de imposição a determinadas condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, desprovida do resultado morte, pode ser reprimida não como hipótese de *extermínio*, mas sob a rubrica da alínea *k* do artigo 7º, § 1º, que consigna a hipótese de “outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental”.

4.4.3. Escravidão (art. 7º, 1, c, do ETPI)

Nessa hipótese, o bem jurídico individual ofendido é a liberdade do indivíduo. O crime contra a humanidade de escravidão se dá pelo exercício, sobre uma pessoa, de um ou do conjunto de poderes ligados ao direito de propriedade, inclusive no quadro de tráfico de pessoas, especialmente no tráfico de mulheres e crianças. Assim define o artigo 7º, 2, c, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional:

c) Por “escravidão” entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças.

Tal definição foi inspirada na Convenção sobre a Escravatura de 1926.¹³⁶

¹³⁴ CURRAT, P. Op. cit., p. 168.

¹³⁵ “En ce qui concerne le crime contra l’humanité d’extermination, il convient donc de le percevoir comme une incrimination double portant, premièrement, sur les meurtres de masses qui, en ce sens, exige um résultat homicide, à l’image du meurtre, et, deuxièmement, sur les conditions de vies calculées pour entraîner la destruction d’une partie de la population, qui, en tant qu’infraction de mise en danger, n’exige pas la survenance d’un résultat particulier” (CURRAT, P. Op. cit., p. 169).

¹³⁶ Convenção sobre a Escravatura assinada em Genebra, em 25 de setembro de 1926, e emendada pelo Protocolo Aberto a assinatura ou a aceitação na Sede da Organização das Nações Unidas, em Nova York, em 7 de dezembro de 1953. Artigo 1º Para os fins da Presente Convenção, fica entendido que: “1º A escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou

A escravidão é uma instituição particularmente antiga que subsiste até os dias atuais, sob formas, por vezes, pouco tradicionais, mas que no fundo muito se assemelham às formas clássicas, tais como: exploração econômica, exploração sexual, servidão por dívidas, trabalho forçado, trabalho infantil, tráfico de crianças, crianças-soldados. Todas essas situações podem objetivamente constituir crime contra a humanidade de escravidão, desde que se inscrevam em um quadro de ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil.¹³⁷

No mesmo sentido, afirma-se que o formato tradicional de “escravidão”, no qual o autor trata a vítima como se fosse um “bem móvel”, quase não ocorre nos dias atuais, dessa forma, o conceito de “escravidão” no Estatuto de Roma não deve se restringir a sua concepção tradicional, mas ser interpretado em um sentido jurídico-penal-funcional, que inclua também as práticas que não são acolhidas pelo conceito tradicional de escravidão.¹³⁸

O tópico geral (“Elementos dos Crimes”) complementa a definição dada pelo parágrafo 2º do artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional com uma lista exemplificativa de formas de manifestação da escravidão como: compra, venda, empréstimo, troca e outras formas similares de privação de liberdade. Nessas “outras formas” admitidas podem ser incluídas a imposição de trabalho forçado ou a redução de uma pessoa a condição servil.¹³⁹

No que diz respeito ao “trabalho forçado”, em conformidade com o direito internacional consuetudinário, ele é considerado uma forma de escravidão quando aliado ao exercício dos correspondentes direitos de propriedade sobre a pessoa afetada.¹⁴⁰

Com efeito, a escravidão é o estado de uma pessoa submetida ao poder de um terceiro que, pelo exercício frequente desse poder, reduz a mesma à condição de escrava. Todavia, destaca-se que a definição atual abarca também o tráfico de escravos e as práticas análogas à escravidão, embora não se exija, em qualquer hipótese, que o autor aufera proveito pecuniário.¹⁴¹

Além disso, como bem se esclarece, de acordo com a jurisprudência exarada pela Câmara de Recursos do TPII (Tribunal Penal Internacional para Iugoslávia), a duração determinada e a

parcialmente, os atributos do direito de propriedade”; vide também Convenção Suplementar relativa à abolição da escravatura, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravatura, de 07 de setembro de 1956, artigos 1º e 7º.

¹³⁷ CURRAT, P. Op. cit., p. 175.

¹³⁸ WERLE, G. Op. cit., p. 494.

¹³⁹ Artículo 7 1) c) Crimen de lesa humanidad de esclavitud Elementos 1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad. 2. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo. Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.

¹⁴⁰ WERLE, G. Op. cit., p. 496.

¹⁴¹ CURRAT, P. Op. cit., p. 189-190.

vontade contrária da vítima não são requisitos necessários para reconhecer a existência de escravidão.¹⁴²

No tocante à hipótese do tráfico de pessoas¹⁴³ (art. 7º, 2, c, parte final, ETPI), expressamente incriminado no Estatuto, cumpre apontar a definição de “tráfico de escravos” constante no artigo 7º, §3º, da Convenção Suplementar relativa à Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, de 7 de setembro de 1956:

c) “Tráfico de escravos” significa e compreende todo o ato de captura, de aquisição ou de cessão de uma pessoa com a intenção de submetê-la à escravidão; todo o ato de aquisição de um escravo com o propósito de vendê-lo ou troca-lo; todo o ato de cessão para a venda ou troca de uma pessoa, adquirida com o intuito de vendê-la ou troca-la, e, em geral, todo o ato de comércio ou de transporte de escravos, seja qual for o meio de transporte utilizado.

É de notar que o Estatuto faz menção específica ao tráfico de mulheres e crianças, isso se dá porque tais pessoas merecem uma proteção especial reconhecida pelo Direito Internacional, que trata dos direitos humanos, além do fato de serem as principais vítimas do tráfico humano. Contudo, os homens adultos não são excluídos do campo dessa incriminação, visto que diz respeito a todos os seres humanos, qualquer que seja o sexo ou a idade.¹⁴⁴

No que tange ao sujeito ativo, qualquer pessoa pode praticar esse crime – trata-se de delito comum, pois o dispositivo não exige qualquer qualidade especial de autoria.

O elemento subjetivo do crime contra a humanidade de escravidão é extraído a partir da leitura do artigo 30 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que exige o dolo consubstanciado na vontade e consciência da prática dos elementos objetivos do referido delito.

4.4.3. Deportação ou transferência forçada de uma população (art. 7º, 1, d, do ETPI)

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional define a “deportação ou transferência à força” da seguinte maneira: “deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional”.¹⁴⁵

Consoante documento adotado pela Assembleia Geral dos Estados-partes (*Elementos dos Crimes*), incorre nessa modalidade de crime contra a humanidade quem, sem motivo admitido

¹⁴² WERLE, G. Op. cit., p. 495.

¹⁴³ Gerhard Werle invoca para a definição de tráfico pessoas o artigo 3º, a) do Protocolo Adicional para prevenir, reprimir e sancionar o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças, que complementa a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional: “a) Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

¹⁴⁴ CURRAT, P. Op. cit., p. 217.

¹⁴⁵ Artigo 7º, 2, d, do ETPI.

em direito internacional, deportou ou transferiu a força, mediante expulsão ou outro meio coercitivo, uma ou mais pessoas a outro Estado ou lugar. Sendo que a força a que se refere o tipo não se limita à força física e pode compreender a ameaça de uso da força ou outras formas de coerção.¹⁴⁶

Exige-se, nos itens 2 e 3 dos *Elementos dos Crimes*, que as pessoas contra as quais esse delito é praticado tenham estado presentes legalmente na área da qual foram deslocadas e que o autor tenha tido consciência das circunstâncias fáticas que amparavam essa legalidade.¹⁴⁷

Ressalte-se que a legalidade da presença das vítimas deve ser apreciada em face do Direito Internacional, o que permite evitar que as vítimas fiquem a mercê de disposições de direito interno que poderiam ser modificadas conforme a política em vigência, privando-as de toda proteção internacional.¹⁴⁸

Quanto aos termos empregados, “deportação” e “transferência”, é preciso elucidar que o primeiro deles trata do deslocamento de uma população pertencente ao território de um Estado para o território de outro Estado, cruzando, portanto, uma fronteira internacional.

A “transferência”, por sua vez, se dá pelo deslocamento de uma população de uma região a outra dentro do território do mesmo Estado, ou seja, não é preciso cruzar a fronteira nacional.¹⁴⁹

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional incrimina a deportação ou transferência forçada de população.

O termo empregado parece requerer o deslocamento de certo número de pessoas, ou ao menos que a intenção do autor assim seja. Contudo, a Assembleia dos Estados-partes definiu expressamente nos *Elementos dos Crimes* que os atos poderiam recair sobre “uma ou mais pessoas”. Isso não significa que o deslocamento de uma única pessoa é suficiente para a ocorrência desse crime contra a humanidade, mas basta que o agente desloque à força uma só pessoa, em um quadro de ataque generalizado ou sistemático, participando de uma operação mais ampla de deportação e transferência forçada de população ou de qualquer outro crime contra a humanidade constante da lista do artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Elementos dos crimes referente ao artigo 7º, 1, d): “1. Que el autor haya deportado o trasladado por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional y mediante la expulsión u otros actos de coacción, a una o más personas a otro Estado o lugar.” Notas: “ ‘Deportado o trasladado por la fuerza’ es intercambiable con ‘desplazado por la fuerza’. La expresión ‘por la fuerza’ no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra o aprovechando un entorno de coacción.”

¹⁴⁷ Elementos dos crimes referente ao artigo 7º, 1, d): “2. Que esa o esas personas hayan estado presentes legítimamente en la zona de la que fueron deportadas o trasladadas. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la legitimidad de dicha presencia.”

¹⁴⁸ WERLE, G. Op. cit., p. 502; CURRAT, P. Op. cit., p. 255.

¹⁴⁹ Cf. WERLE, G. Op. cit., p. 499; CURRAT, P. Op. cit., p. 252.

¹⁵⁰ CURRAT, P. Op. cit., p. 253.

Requer-se que o deslocamento da população seja desprovido de motivo reconhecido em direito internacional. Dessa forma, não são típicas as ações levadas a cabo em prol da segurança nacional e da ordem pública.¹⁵¹

Na hipótese de conflito armado, admite-se também a evacuação de uma área com vistas a proteger a população civil ou em virtude de imperiosas razões militares.¹⁵²

Com relação ao elemento subjetivo (*mens rea*), exige-se o dolo geral¹⁵³ do artigo 30 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Em outras palavras, a consciência e vontade de agir com vistas a deslocar uma população do local onde esta se encontra legalmente, sem que haja motivo em direito internacional que ampare essa atuação.

4.4.4. Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave (art. 7º, 1, e, do ETPI)

Incrimina-se no delito em análise o aprisionamento ou outra forma de privação da liberdade física que viole normas fundamentais de direito internacional.¹⁵⁴

Pontua-se que o crime em análise contempla os casos em que uma pessoa é reclusa a um cômodo fechado sem que haja possibilidade de sair, bem como os casos em que a pessoa pode mover-se mais amplamente, entretanto, limitada a um local como, por exemplo, um gueto ou um campo de concentração.¹⁵⁵

Além disso, quanto a menção à gravidade da privação de liberdade física, sustenta-se que uma privação de curta duração não cumpre o requisito de “gravidade” exigido pelo artigo 7º, 1, e,

¹⁵¹ Ibidem, p. 254. Gerhard Werle menciona também dentre os motivos reconhecidos em direito internacional a proteção a saúde pública (WERLE, G. Op. cit., p. 501).

¹⁵² Artigo 49 da Convenção (IV) de Genebra de 1949 Relativa a Proteção das Pessoas Civis em Tempos de Guerra. Trecho: “(...) Contudo, a Potência ocupante poderá proceder à evacuação total ou parcial de uma dada região ocupada, se a segurança da população ou imperiosas razões militares o exigirem. As evacuações não poderão abranger a deslocação de pessoas protegidas para fora dos limites do território ocupado, a não ser em caso de impossibilidade material. A população assim evacuada será reconduzida aos seus lares logo que as hostilidades tenham terminado neste sector. (...)”. Gerhard Werle sustenta que a assistência humanitária não basta para legitimar o deslocamento (WERLE, G. Op. cit., p. 502).

¹⁵³ Embora o TPII já tenha se pronunciado no sentido de exigir que o dolo do autor se dirija também a impedir de forma duradoura o regresso da vítima ao seu lugar de origem, entende-se que esta interpretação não deve prevalecer em razão de sua desnecessidade para a repressão do delito de deportação ou transferência forçada de população. Ademais, não há nenhuma disposição nos Elementos do Crime que ampare esta interpretação. Nesse sentido, CURRAT, P. Op. cit., p. 260. Contra, WERLE, G. Op. cit., p. 503.

¹⁵⁴ Redação do Dec. 4.388/2002: “e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional”. Redação em espanhol dos elementos atribuídos a este crime: “Artículo 7 1) e)/Crimen de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física/Elementos/1. Que el autor haya encarcelado a una o más personas o las haya sometido de otra manera, a una privación grave de la libertad física. 2. Que la gravedad de la conducta haya sido tal que constituya una infracción de normas fundamentales del derecho internacional. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta. 4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”.

¹⁵⁵ WERLE, G. Op. cit., p. 503-504.

do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.¹⁵⁶ Contudo, o critério temporal parece um tanto quanto superficial para aferir a “gravidade” da privação de liberdade. Entende-se que a duração não o é único critério para a constatação do elemento “gravidade”, haja vista que o item 2 dos *Elementos dos Crimes* dispõe que a gravidade da conduta deve ter sido tal que “constitua uma infração a normas fundamentais de direito internacional”.¹⁵⁷ Desse modo, o critério de gravidade está ligado, também, à qualidade da norma violada e às condições em que a privação de liberdade se deu.¹⁵⁸

De modo pormenorizado, no crime contra a humanidade de prisão ou outra forma de privação da liberdade, *a violação das normas fundamentais de direito internacional* deve se dar no quadro de um ataque generalizado ou sistemático, contra uma ou mais pessoas, quando estas são detidas sem que se possa invocar qualquer base legal que justifique tal privação de liberdade, ou quando as regras atinentes a um processo justo são, no todo ou em parte, violadas, como, por exemplo: i) quando as pessoas são presas sem que lhes seja informado o motivo que ensejou a prisão ou quando não são comunicadas, o mais breve possível, dos crimes de que estão sendo acusadas; ii) quando tais informações não são levadas, o mais breve possível, a um juiz ou outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias; iii) quando as pessoas detidas não são julgadas em prazo razoável; ou ainda, iv) se elas não dispõem de recurso perante um tribunal para que este decida, sem demora, sobre a legalidade da prisão e ordene sua liberação caso a detenção seja ilegal.¹⁵⁹

A prisão ou outra forma de privação de liberdade também pode ser reprimida a título de crime contra a humanidade quando são violadas as regras fundamentais de direito internacional concernentes às condições da prisão, como, por exemplo, quando ocorrem tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou, mais comumente, maus tratos aos detidos.

O tratamento de pessoas aprisionadas deve respeitar a dignidade inerente à pessoa humana, sendo proibido submetê-las a experiências médicas ou científicas, ou não separá-las nas diferentes categorias de prisioneiros, ou, ainda, submetê-las a uma detenção incomunicável – tratam-se de violações aos artigos 7º, 9º e 10 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que podem ensejar incriminação sob a rubrica de crime contra a humanidade de prisão ou outra forma de violação da liberdade física grave, em razão de violarem normas de direito internacional, quando inseridas no contexto geral de ataque.¹⁶⁰

Por fim, insta destacar que os campos de concentração “são o arquétipo dos crimes contra a humanidade, um lugar que parece ter sido criado para sua prática”,¹⁶¹ haja vista que a arbitrariedade da detenção se une aos maus tratos sistemáticos, constituindo, assim, os elementos gerais do ataque generalizado ou sistemático e os elementos específicos do tipo objetivo de “prisão ou outra forma de privação grave da liberdade física”.

¹⁵⁶ Ibidem, loc. cit.

¹⁵⁷ Cf. CURRAT, P. Op. cit., p. 282. Quanto a tais normas fundamentais assinala: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, entre outros instrumentos.

¹⁵⁸ BOOT, M. Op. cit., p. 507.

¹⁵⁹ CURRAT, P. Op. cit., p. 287-288.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 288-296.

¹⁶¹ “(...) les champs de concentration sont l’archétype des crimes contre l’humanité, un lieu semblant créé pour leur commission” (ibidem, p. 305).

O elemento subjetivo geral desse delito se aprecia em relação ao disposto no artigo 30 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

A vontade e a consciência do autor devem assentar sobre o aprisionamento ou outra forma de privação da liberdade física e sobre a ilicitude que os permeia. O autor também deve saber que sua conduta viola normas fundamentais de direito internacional embora não seja necessário que ele conheça detalhes das regras violadas, tampouco que as identifique com precisão dentre os instrumentos internacionais.

4.4.5. Tortura¹⁶² (art. 7º, 1, f, do ETPI)

O delito de tortura consubstancia um atentado à dignidade humana “à medida que se nega ao torturado a sua condição de pessoa, transmudando-o em mero objeto”.¹⁶³

Trata-se, a tortura, de uma instituição conhecida historicamente pelas civilizações de todo o mundo, e que há muito tem sido contestada.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 5º, dispõe que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

A Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes adotada em 1984 pela Assembleia Geral das Nações Unidas tornou-se referência internacional sobre a matéria.¹⁶⁴ No entanto, cumpre destacar que a definição de “tortura” constante nesse instrumento é diferente daquela adotada pelo Estatuto de Roma.

Consoante disposto no artigo 7º, 2, e, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional entende-se por *tortura*

“O ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas”.¹⁶⁵

¹⁶² Mais detalhes, CAPELLÀ I ROIG, M. Op. cit., p. 185; BAZELAIRE, J- P.; CRETIN, T. Op. cit., p. 76.

¹⁶³ COIMBRA, M. *Tratamento do injusto penal da tortura*, p. 135.

¹⁶⁴ Esse diploma define “tortura” em seu artigo 1º, 1: “Para os fins da presente Convenção, o termo ‘tortura’ significa qualquer ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um ato que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados”.

¹⁶⁵ Os Elementos dos Crimes em nada inovam o disposto no art. 7º, 2, e, do ETPI. “Artículo 7 1) f) Crimen de lesa humanidad de tortura Elementos/ 1. Que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales. 2. Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control. 3. Que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese inherente ni incidental a ellas. 4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo. Se entiende que no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen”.

Dentro desse conceito, devem ser analisados a “dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais” e o fato da vítima dever estar sob a custódia ou o controle do acusado. Quanto ao primeiro elemento, a noção de *agudo* (“severe” na versão em inglês, “graves” em espanhol e “aigu” em francês), deve ser apreciada com relação às circunstâncias concorrentes no caso concreto, em especial a duração dos maus tratos assim como as sequelas físicas e psíquicas.¹⁶⁶

Com efeito, é impossível determinar, de maneira abstrata e objetiva, a partir de qual grau de sofrimento pode-se considerá-lo agudo e, portanto, constitutivo do crime contra a humanidade de tortura. Não se espera que o autor reconheça o grau de sofrimento por ele infligido como sendo “agudo”, mas requer simplesmente que o agente atue intencionalmente, não se exigindo que ele mesmo faça um juízo de valor sobre a consequência de seus atos.¹⁶⁷

A custódia e o controle sobre a vítima representam formas de detenção ou privação de liberdade. A primeira consiste na ação de guardar, deter, vigiar, enquanto que o controle se consubstancia no ato ou poder de controlar, dominar, supervisionar/verificar a conduta de alguém.

Quanto ao sujeito ativo do delito, é preciso mencionar que, em que pese a Convenção de 1984 contra a Tortura exija que o autor seja agente público ou outra pessoa que atue a título oficial à sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito, tal condição não foi empregada no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Com efeito, quando verificado o contexto de ataque perpetrado em função da política de um Estado, os autores dos delitos contra a humanidade serão, de fato ou de direito, agentes do Estado, o que não será o caso se os crimes são cometidos por uma *organização* que tenha por objetivo tal ataque.

Salienta-se, ainda, que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional dispõe que a dor ou os sofrimentos atinentes apenas a sanções legais (inerentes a essas sanções ou por ela ocasionadas) não consubstanciam tortura. Sendo, assim, a legalidade das sanções penais deve ser analisada com supedâneo no direito internacional para que a o direito interno não converta a tortura em prática “legalmente permitida”.¹⁶⁸

Embora não seja possível formular um catálogo exaustivo de práticas de tortura pode-se mencionar, a título exemplificativo, os seguintes comportamentos: arrancar os dentes ou as unhas, infligir descargas elétricas em zonas sensíveis do corpo, golpes em ambos os ouvidos que danifiquem os tímpanos, quebra de ossos, queimaduras, entre outras condutas que possam infligir não somente sofrimento físico, mas também sofrimento mental agudo.¹⁶⁹

Com relação ao elemento subjetivo, o autor deve ter a intenção de infligir a uma ou mais pessoas sob sua custódia, ou controle, dores ou sofrimentos agudos, sejam estes físicos ou mentais, ou ter consciência de que eles advirão no curso normal dos eventos. Ressalta-se que em nota de rodapé número 14¹⁷⁰ dos *Elementos dos Crimes*, dispõe-se expressamente que não é preciso provar nenhuma intenção específica com relação ao crime de tortura – portanto, não se requer qualquer elemento subjetivo especial.

¹⁶⁶ WERLE, G. Op. cit., p. 507.

¹⁶⁷ CURRAT, P. Op. cit., p. 354.

¹⁶⁸ WERLE, G. Op. cit., p. 508. No mesmo sentido, CURRAT, P. Op. cit., p. 357.

¹⁶⁹ WERLE, G. Op. cit., p. 507-508.

¹⁷⁰ “Se entiende que no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen.”

4.4.6. Agressão sexual (estupro), escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável¹⁷¹ (art. 7º, 1, g, do ETPI)

Impende ressaltar que a expressão “agressão sexual” é seguida do termo “estupro” entre parênteses, em razão de se entender que a tradução empregada no Decreto 4.388/2002 foi inapropriada.

Utiliza-se, no presente trabalho, o texto constante do Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002, que promulgou no Brasil o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Porém, o vocábulo utilizado na alínea g deveria ser traduzido para “estupro” ao invés de “agressão sexual”, haja vista que nas versões em inglês, espanhol e francês empregam-se os seguintes termos: “rape”, “violación” e “viol”, respectivamente. Empregar-se, portanto, a nomenclatura “estupro” para tratar do tipo objetivo ora em análise, desprezando-se, assim, a equivocada expressão utilizada no Decreto 4.388/2002: “agressão sexual”.¹⁷²

Os atos incriminados na alínea constituem formas de violência sexual perpetradas não somente por motivos sexuais, mas também como estratégia de guerra que visa a deixar as vítimas vulneráveis ou utilizá-las como instrumento da dita política de “limpeza étnica”.

Cumprido esclarecer que os atos incriminados nesse sentido, ressalvadas as devidas exceções, são aplicáveis tanto às mulheres quanto aos homens, sejam autores ou vítimas.

4.4.6.1. Estupro

Nos *Elementos dos Crimes*, a Assembleia dos Estados-partes do Tribunal Penal Internacional assim dispôs:

1. Que o autor tenha invadido¹⁷³ o corpo de uma pessoa mediante uma conduta que tenha ocasionado a penetração, por insignificante que tenha sido, de qualquer parte do corpo da vítima ou do autor, com um órgão sexual, ou do orifício anal ou vaginal da vítima com um objeto ou outra parte do corpo;
2. Que a invasão tenha sido forçada, ou mediante ameaça de uso da força ou coerção, como a causada por temor à violência, a intimidação, a detenção, a pressão psicológica ou o abuso de poder contra essa pessoa ou terceiro, ou aproveitando-se de um ambiente coercitivo, ou que se tenha realizado contra uma pessoa incapaz de dar seu livre consentimento.¹⁷⁴

¹⁷¹ Para outras considerações, vide CAPELLÀ I ROIG, M. Op. cit., p. 185.

¹⁷² Cf. PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*, 2. ed., III, 2017, p. 176 e ss.

¹⁷³ Em inglês: “The perpetrator invaded the body(...)”, em espanhol: “Que el autor haya invadido el cuerpo”, já em francês empregou-se a expressão “prendre possession”: “L’auteur a pris possession du corps(...)” que pode ser traduzido por “tomar posse”, apossar-se, apoderar-se.

¹⁷⁴ Tradução livre de: Article 7 (1) (g)-1Crime against humanity of rape/ Elements/ “1. The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting in penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object or any other part of the body. 2. The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent”.

Em nota de rodapé, diz-se que se optou por utilizar o conceito de “invasão” (ou em francês “possessão”) no item 1 para que a conduta não fosse restrita a nenhum gênero.¹⁷⁵

A definição adotada pela Assembleia dos Estados-partes se centra sobre dois elementos principais, quais sejam, a penetração sexual e o emprego da força para sua consecução.

A penetração é prevista de maneira acertada, pois admite que ocorra não só no corpo da vítima, mas também no corpo do autor. Consoante o disposto no item 1, admite-se duas modalidades de estupro, a primeira delas exige que a penetração de qualquer parte do corpo *do autor ou da vítima* tenha se dado com o órgão sexual da parte contrária; já na segunda modalidade para que seja configurado o estupro requer-se que a penetração com um objeto ou com outra parte do corpo seja feita no orifício anal ou vaginal da vítima.

Para a configuração do delito, exige-se ainda alternativamente: a) o uso da força, ameaça de seu uso ou coerção contra vítima ou terceiro; b) que o autor se aproveite da atmosfera coercitiva¹⁷⁶ que um ataque, por exemplo, pode causar; ou c) que os atos que configuram o estupro tenham se realizado contra pessoa incapaz de dar seu livre consentimento. Tal incapacidade pode ser natural, adquirida ou relacionada à idade.¹⁷⁷

Com relação ao elemento subjetivo do estupro, o dolo do autor se perfaz na intenção de proceder à penetração sexual, nos termos do que foi elucidado.

4.4.6.2. Escravidão sexual

Trata-se de uma modalidade específica do delito previsto no artigo 7º, 1, g, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

O item 1 dos elementos definidos para a escravatura sexual reemprega o disposto para o delito de escravidão genérico. Exige-se que o autor tenha exercido um dos poderes do direito de propriedade sobre uma ou mais pessoas, como comprar, vender, fornecer, dar em troca, ou todos esses, ou lhes tenha imposto algum tipo similar de privação de liberdade.¹⁷⁸

A peculiaridade desse delito em relação ao de escravidão está definida no item 2 dos elementos, que dispõe o seguinte: “que o autor tenha feito com que tal ou tais pessoas

¹⁷⁵ Notas de rodapé n. 15: “ L’expression « possession » se veut suffisamment large pour être dénuée de connotation sexospécifique.”.

¹⁷⁶ Os atos caracterizadores desse delito quando perpetrados em meio a um “ambiente coercitivo” bastam a configuração do estupro, sendo desnecessária a comprovação da ausência de consentimento da vítima, que deve ser presumida (CURRAT, P. Op. cit., p. 396).

¹⁷⁷ Notas de rodapé n. 16: “Il est entendu qu’une personne peut être incapable de donner un libre consentement si elle souffre d’une incapacité innée, acquise ou liée à l’âge. La présente note vaut aussi pour les éléments correspondants des articles 7 1) g)-3, 5 et 6”.

¹⁷⁸ Artículo 7 1) g) 2 Crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual/ Elementos/ 1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad. Nota de rodapé n. 18: Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.

realizassem um ou mais atos de natureza sexual”.¹⁷⁹ Desse modo, o autor deve conseguir que a vítima aceda a práticas sexuais.

A escravidão sexual do artigo 7º, 1, g, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional denota um resultado particular dessa forma de escravização: a perda da liberdade individual e do poder de decidir em matéria de atividade sexual. A título exemplificativo, identifica-se a escravidão sexual nas situações em que as mulheres são reclusas a “campos de estupro”, ou nas situações de servidão doméstica e de trabalho forçado que incluam atividade sexual, ou, de modo geral, situações nas quais as mulheres são tratadas como bens móveis.

No delito de escravidão sexual, exige-se que o dolo do autor recaia sobre o exercício de um dos poderes do direito de propriedade sobre uma ou mais pessoas, ou lhes tenha imposto algum tipo similar de privação de liberdade para fazer com que realizem um ou mais atos de natureza sexual.

4.4.6.3. Prostituição forçada

Nesse tipo penal, o autor deve fazer com que as vítimas realizem atos de natureza sexual mediante emprego da força, ameaça de uso da força, ou sob coerção, como a causada pelo temor à violência, intimidação, detenção, pressão psicológica ou o abuso de poder, aproveitando-se de um ambiente coercitivo ou da incapacidade das vítimas de dar seu livre consentimento (item 1¹⁸⁰ dos Elementos do Crime contra a humanidade de prostituição forçada).

Os “atos de natureza sexual” abrangem mais do que a penetração constitutiva do estupro, embora não tenha sido estabelecida qualquer precisão acerca desses atos, somente exigindo que sejam de natureza sexual.

O item 2 dos elementos da prostituição forçada¹⁸¹ exige que o autor ou outra pessoa tenha obtido, ou esperava obter, algum tipo de vantagem (pecuniária ou de outra espécie) em troca dos atos de natureza sexual ou que com eles tenha relação. Trata-se aqui de delimitar um diferencial entre a prostituição forçada e a escravidão sexual ou as outras formas de violência sexual de gravidade comparável.¹⁸²

Note-se que a vantagem auferida, ou expectativa de sua percepção, pelo autor ou terceiro, pode ser pecuniária ou de outra espécie, do que se pode depreender que envolvem também vantagens imateriais, embora não possam cingir somente sobre o prazer sexual do autor ou de terceiro, caso em que se configura o delito de escravidão sexual. Cumpre destacar que a

¹⁷⁹ “2. Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.”

¹⁸⁰ Artículo 7 1) g) 3 Crimen de lesa humanidad de prostitución forzada/ Elementos/ 1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.”

¹⁸¹ “2. Que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.”

¹⁸² Sobre essa distinção, BROUWER, A.-M. L. M. de. *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICRTR*, p. 141-143.

frustração concernente à vantagem que o autor ou terceiro esperava obter não descaracteriza o delito.¹⁸³

A prostituição forçada exige a intenção de constranger a vítima à prática de ato de natureza sexual contra sua vontade ou pela utilização de um ambiente coercitivo para esse fim, devendo o autor buscar aferir vantagem para si ou para outrem. Quanto à consciência o autor deve saber que o ato praticado é de natureza sexual, e que ele (autor) ou outra pessoa obterá vantagem ligada ao feito.

4.4.6.4. Gravidez forçada

A gravidez forçada é a única forma de violência sexual sobre cuja definição se debruça o parágrafo 2º, f, do artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, assim dispondo:

f) Por “gravidez à força” entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez.

Nota-se que a segunda parte da definição supra dispõe que o crime não afeta as leis nacionais que, por exemplo, proibam a interrupção da gravidez. Trata-se, com isso, de pôr fim às discussões suscitadas durante a elaboração do Estatuto.¹⁸⁴

No que tange à primeira parte da definição, cumpre esclarecer que, consoante o disposto nos *Elementos dos Crimes*, exige-se que o autor tenha privado mulheres de sua liberdade, confinando-as e engravidando-as à força, com o propósito de modificar a composição étnica de uma população ou de cometer outra infração grave à luz do direito internacional.¹⁸⁵

Tais elementos não foram previstos com precisão e clareza, além do que estabelecem um liame desnecessário entre a gravidez e a privação de liberdade. Isso porque, ao exigir que as vítimas estejam confinadas, afasta-se deste tipo penal a hipótese em que uma mulher, apesar de não estar aprisionada, tenha sido violentada e engravidada com o mesmo propósito de fazê-la gerar uma criança que perpetue a etnia do autor do delito.¹⁸⁶

Extraem-se três elementos deste delito: a privação da liberdade de uma ou mais mulheres pelo seu confinamento, sua gravidez forçada e a intenção especialmente requerida de modificar a composição étnica de uma população ou de cometer outra infração grave do direito internacional.

O primeiro requisito se dá pelo atentado à liberdade das vítimas, e se extrai dos *Elementos dos Crimes*, quando diz que “el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza”, isto é, tal documento exige que o autor tenha encarcerado, aprisionado, as mulheres que foram engravidadas à força. Esta privação de liberdade pode se

¹⁸³ CURRAT, P. Op. cit., p. 402.

¹⁸⁴ BROUWER, A.-M. L. M. de. Op. cit., p. 144; WERLE, G. Op. cit., p. 516; CURRAT, P. Op. cit., p. 403.

¹⁸⁵ Artículo 7 1) g) 4 Crimen de lesa humanidad de embarazo forzado/ Elementos/ 1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional. Ressalte-se que o termo “confinado” (em espanhol) e “détenué” (em francês) foi traduzido pelo Decreto 4.388/2002 “privação ilegal de liberdade”. Sobre o método utilizado na definição dos elementos para este crime, vide CURRAT, P. Op. cit., p. 402.

¹⁸⁶ BROUWER, A.-M. L. M. de. Op. cit., p. 145-146.

realizar por meio de prisão ou outra forma de detenção que propicie a realização do ato que as sujeite à gravidez.¹⁸⁷

Considerando que não há expressa menção em relação à maneira como pode se dar a gravidez forçada, esse delito pode se configurar não somente por meio de relação sexual, mas também por inseminação artificial, desde que ocorra dentro do contexto geral previsto para os crimes contra a humanidade e em observância aos elementos específicos desse crime.

Ressalte-se que a concepção deve ocorrer, haja vista que a gravidez é resultado necessário para este delito.¹⁸⁸

Quanto ao termo “forçada” (art. 7º, 1, *g*, do ETPI) e “à força” (art. 7º, 2, *f*, do ETPI), embora o item 1 dos *Elementos dos Crimes* só faça menção ao “uso da força” como caracterizador da gravidez incriminada, deve-se entender que o termo “gravidez *forçada*” à semelhança do que foi previsto para o estupro e para a prostituição, abrange o uso direto da força (violência) e a ameaça de seu uso contra a própria vítima ou terceiro, ou, ainda, a coerção causada pelo temor à violência, a intimidação, detenção, pressão psicológica, ao abuso de poder, em proveito de um ambiente coercitivo, bem como da incapacidade da vítima em dar livre consentimento para o ato.¹⁸⁹

Diferentemente do aplicado no delito de estupro, no qual a vítima não é adstrita por seu sexo, no caso da gravidez forçada o sujeito passivo e objeto material se limitam ao sexo feminino, pois somente a anatomia do sistema reprodutivo feminino é capaz de gerar outra vida. Entretanto, isso não implica dizer que somente homens podem figurar como sujeitos ativos já que, dependendo da forma como ocorreu a gravidez forçada, por exemplo, se decorrente de uma inseminação artificial, é possível que figure como autora outra mulher.

O delito de gravidez forçada merece maior atenção por exigir um elemento subjetivo do injusto (ou elemento subjetivo especial), qual seja: a intenção de modificar a composição étnica de um grupo ou de cometer outra violação grave ao direito internacional. Quanto ao elemento subjetivo geral desse delito, o dolo deve recair sobre o ato de privar a vítima de sua liberdade, engravidando-a contra sua vontade, tendo por escopo, como já mencionado, a especial intenção de modificar a composição étnica de um grupo ou cometer outra violação grave ao direito internacional. Na hipótese de modificação da composição étnica de um grupo, a intenção do autor deve ser engravidar mulher de um grupo étnico diferente do seu. Em que pese o elemento subjetivo especial exigir a intenção de modificar a composição étnica de um grupo, o nascimento com vida da criança fruto desse delito é mero exaurimento.

4.4.6.5. Esterilização forçada

É no Estatuto de Roma que esse delito aparece mencionado pela primeira vez como modalidade de crimes contra a humanidade.¹⁹⁰

Ressalte-se que, se a esterilização forçada é conduzida com a especial intenção de “destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal”,¹⁹¹ pode ser

¹⁸⁷ CURRAT, P. Op. cit., p. 403.

¹⁸⁸ Ibidem, loc. cit.

¹⁸⁹ Ibidem, loc. cit.

¹⁹⁰ WERLE, G. Op. cit., p. 516-517.

¹⁹¹ Artigo 1º da Lei 2.889, de 1º de outubro de 1956, que trata do Genocídio.

enquadrada como delito de genocídio no tipo definido como “adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo”.¹⁹²

Os *Elementos dos Crimes* exigem que o autor tenha privado uma ou mais pessoas de sua capacidade de reprodução biológica, bem como que a conduta não tenha sido justificada pela necessidade de um tratamento médico ou clínico, tampouco tenha sido realizada com o livre consentimento de tal ou tais pessoas. Insta destacar ainda que a conduta delituosa concernente à privação da capacidade de reprodução biológica da vítima não inclui as medidas de controle de natalidade que não tenham um efeito permanente na prática.¹⁹³

Tanto o homem quanto a mulher podem ser vítimas desse delito. A esterilização – privação da capacidade biológica de reprodução – pode ser obtida por uma atuação médica (tratamento médico ou clínico) com o escopo de alcançar esse objetivo. É possível provocar a perda da capacidade reprodutiva por mutilações físicas, como, por exemplo, a dos testículos.¹⁹⁴

Conforme mencionado, são excluídos do delito em apreço os casos que envolvem tratamento médico necessário e livre consentimento. Defende-se que a expressão “livre consentimento” deve ser interpretada na mesma linha do que os delitos de violências sexuais definem a respeito do *emprego da força na consecução de um ato*. Desse modo, convém conceber como delito de esterilização forçada aquela imposta não só pelo uso direto da força, mas também pela ameaça de seu uso ou outras formas de coerção.

4.4.6.6. Qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável

As outras formas de violência sexual de gravidade comparável constituem uma incriminação residual. Abarcam condutas que não figuram entre os delitos especificados na alínea *g* (art. 7º, parágrafo 1º, do ETPI). Para tanto, exige-se:

1. Que o autor tenha cometido um ato de natureza sexual contra uma ou mais pessoas ou tenha constrangido tal ou tais pessoas a realizar um ato de natureza sexual por uso da força ou empregando contra essa ou essas pessoas ou outra pessoa ameaça de uso da força ou coerção, como a causada pelo temor à violência, intimidação, detenção, pressão psicológica, o abuso de poder, ou aproveitando-se de um ambiente coercitivo ou da incapacidade dessa ou dessas pessoas de dar seu livre consentimento.
2. Que essa conduta tenha sido de gravidade comparável a dos demais crimes do artigo 7 1) g) do Estatuto.
3. Que o autor tenha estado consciente das circunstâncias do fato que determinavam a gravidade da conduta.

¹⁹² Alínea *d* do art. 1º da Lei 2.889, de 1º de outubro de 1956 que trata do Genocídio.

¹⁹³ Artículo 7 1) g) 5 Crimen de lesa humanidad de esterilización forzada/ Elementos/ 1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica. 2. Que la conducta se haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento. (...) Notas de rodapé: 19. Esto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica. 20. Se entiende que “libre consentimiento” no incluye el consentimiento obtenido mediante engaño.

¹⁹⁴ CURRAT, P. Op. cit., p. 405.

4. Que a conduta tenha sido cometida como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil.
5. Que o autor tenha tido conhecimento de que a conduta era parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil ou tenha tido a intenção de que a conduta fosse parte de um ataque desse tipo.¹⁹⁵

Além do contexto geral que é exigido para todos os tipos objetivos, nos itens 1 e 2, é possível verificar que se requer para o enquadramento nessa modalidade de crime: a execução de um ato de natureza sexual, o uso da força, e a gravidade comparável a dos outros crimes sexuais.

A gravidade do ato deve ser de natureza análoga a das ações expressamente previstas no artigo 7º, 1, *g*, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.¹⁹⁶

O uso da força vem definido da mesma maneira que para os outros delitos, admitindo-se, também, como diversas vezes reiterado, a ameaça de uso da força, coerção etc. Quanto à execução de um ato de natureza sexual, convém salientar que não há uma definição abstrata quanto ao que constitui o caráter sexual, devendo, portanto, ser este analisado conforme o caso concreto. Deve-se levar em conta o atentado à integridade física e moral da vítima por meio de um ato que se relacione ao sexo, à libido, que envolva, por exemplo, as partes íntimas da vítima, como a cópula, o coito.¹⁹⁷

Merece destaque o item 3 dos elementos previstos para as “outras formas de violência no campo sexual”, que exige a consciência do autor quanto às circunstâncias do fato que determinavam a gravidade da conduta. Embora se requeira tal consciência, entende-se que não é necessário que o autor tenha um juízo de valor sobre a gravidade de seus atos.¹⁹⁸

4.4.7. Perseguição de um grupo ou coletividade (art. 7º, 1, h, do ETPI)

Os atos de perseguição são vinculados a motivos específicos, conforme disposto no artigo 7º, 1, *h*, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional:

- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional,

¹⁹⁵ Artículo 7 1) g) 6 Crimen de lesa humanidad de violencia sexual/ Elementos/ “1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento. 2. Que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7 1) g) del Estatuto. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta. 4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.”

¹⁹⁶ WERLE, G. Op. cit., p. 517.

¹⁹⁷ CURRAT, P. Op. cit., p. 408-409.

¹⁹⁸ CURRAT, P. Op. cit., p. 413.

relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal.

Por sua vez, a alínea *g* do 2º parágrafo do mesmo artigo define “perseguição” como “privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa”.

Dessa forma, a perseguição incriminada visa a um grupo ou uma coletividade identificável, e não indivíduos isolados. Sua execução pode se dar de diversas maneiras, desde que se viole intencionalmente e de forma grave os direitos fundamentais das vítimas. A perseguição deve ter relação com qualquer crime contra a humanidade ou qualquer outro crime que seja da competência do Tribunal Penal Internacional.¹⁹⁹

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional determina que a perseguição seja dirigida contra um grupo ou uma coletividade que possam ser identificados, e que tal perseguição tenha sido motivada por questões discriminatórias, sejam de ordem política, racial, nacional, étnica, cultural, religiosa, sexista ou, ainda, em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inadmissíveis em direito internacional.

Com relação à identidade do grupo, não há uma definição jurídica no direito internacional sobre o que se deve entender por grupo *político*. Contudo, pode-se identificá-lo como um conjunto de pessoas que partilham da mesma convicção política, embora não se exija que as vítimas pertençam a um partido.²⁰⁰

Por grupo *nacional* entende-se a coletividade de pessoas pertencentes a um determinado Estado, podendo, todavia, ser este flexibilizado considerando a “nacionalidade” em sentido material, ou seja, quando há indivíduos que não se identificam com um Estado, mas que possuem identidade nacional própria.²⁰¹

Quanto ao grupo *étnico*, há que se observar que os elementos que compõem o conceito deste se misturam aos do grupo *racial*. Entretanto, visando a uma distinção entre eles, pondera-se

¹⁹⁹ CURRAT, P. Op. cit., loc. cit. Confirma, *Elementos dos Crimes*: “Artículo 7 1) h) Crimen de lesa humanidad de persecución/ Elementos/ 1. Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional. 2. Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales. 3. Que la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. 4. Que la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte. 5. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 6. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”. Notas de rodapé: “Este requisito se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6 de la introducción general a los elementos de los crímenes.; Se entiende que en este elemento no es necesario ningún otro elemento de intencionalidad además del previsto en el elemento”.

²⁰⁰ Nesse sentido, WERLE, G. Op. cit., p. 526.

²⁰¹ GIL GIL, A. Op. cit., p. 150. Didier Rebut invoca a decisão do TPIR no caso Akayesu que define grupo nacional como um conjunto de pessoas que partilham de uma ligação jurídica baseada sobre uma cidadania comum somada à uma reciprocidade de direitos e deveres – “(...) le groupe national a été entendu comme ‘un esemble de personnes consideres comme partageant un lien juridique basé sur une citoyenneté commune jointe à une reciprocité de droits et de devoirs’” (REBUT, D. Op. cit., p. 528).

que o grupo *étnico* partilha de uma língua e uma cultura comum,²⁰² embora também possa ser identificado por aspectos físicos.

No que tange ao grupo *racial*, pode-se identificá-lo como:

“Conjunto de indivíduos cujos caracteres somáticos, tais como a cor da pele, a conformação do crânio e do rosto, o tipo de cabelo, etc. são semelhantes e se transmitem por hereditariedade, embora variem de indivíduo para indivíduo”.²⁰³

Entretanto, impende salientar que do ponto de vista científico não existem “raças humanas”, pois a raça humana é uma só.

O conceito de *raça* se mistura ainda mais ao de etnia, pois é utilizado socialmente para identificar grupo com características físicas semelhantes. Como bem se afirma, o conceito de *raça* surgiu em referência ao reino animal e que em razão de todos os homens descenderem dos mesmos ancestrais só existe uma raça: a raça humana, e “quando se quer referir a seres humanos deve-se substituir o termo raça por grupos étnicos, que se revela mais apropriado desde o início do século XX”.²⁰⁴

Grupo *religioso* é aquele formado por seguidores da mesma fé religiosa, de determinado esoterismo ou mesmo da prática de um culto comum.²⁰⁵ Entende-se por religião o conjunto de doutrinas e práticas que fazem parte da relação do homem com um poder superior.²⁰⁶ Grupos *culturais* são aqueles que partilham da mesma cultura – esta deve ser interpretada em sentido amplo incluindo o idioma, os costumes, a arte, a arquitetura, entre outros elementos de um grupo determinado.²⁰⁷

Por grupo perseguido em função do *gênero*, é preciso ater-se ao disposto no parágrafo 3º do artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional: “3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo ‘gênero’ abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado”. Contudo, a incriminação dos atos de perseguição em razão do gênero deve valer também para os transexuais pois é em função de sua identidade e expressão de gênero, feminino e masculino, ou mais especificamente de sua mudança de sexo que as perseguições podem ser conduzidas.²⁰⁸

²⁰² Nesse sentido, Didier Rebut traz a decisão do TPIR no caso Akayesu: “(...) le groupe ethnique comme celui ‘dont les membres partagent une langue ou une culture commune’” – “(...) o grupo étnico como aquele cujos membros partilham uma língua ou uma cultura comum” (REBUT, D. Op. cit., p. 528).

²⁰³ FERREIRA, A. B. de H. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., 1986. p. 1474.

²⁰⁴ BORNIA, J. P. *Discriminação, preconceito e Direito Penal*, p. 71.

²⁰⁵ COIMBRA, M.; SOUZA, G. S. de. Genocídio (Lei 2.889/1956). In: PRADO, L. R. (Coord.). *Leis penais especiais*. Parte I, 2009, p. 174.

²⁰⁶ CURRAT, P. Op. cit., p. 446.

²⁰⁷ WERLE, G. Op. cit., p. 527. Em sentido diferente, Philippe Currat aduz que os grupos culturais pouco se diferenciam dos grupos étnicos, raciais, ou nacionais e religiosos, e por *cultura* deve entender “instrução”, “educação”: “Les groupes culturels semblent devoir partager la même culture, ce qui ne les différencie guère des groupe ethniques, raciaux, voire nationaux, et religieux. Par culture, il faut entendre l’instruction, l’éducation (Littré) et si um groupe culturel doit partager la même instruction ou la même éducation, le rapprochement est plus net encore avec les groupes ethniques, raciaux, et nationaux” (CURRAT, P. Op. cit., p. 445-446).

²⁰⁸ CURRAT, P. Op. cit., p. 446.

Admite-se, ainda, a perseguição por outros motivos reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional; para constatar tal inadmissibilidade, deve-se invocar os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, que vedam de maneira geral toda discriminação arbitrária.²⁰⁹ Ainda que polêmico, considerando a evolução do tema nos últimos anos, pode ser adequada a essa hipótese de perseguição aquela feita em razão da orientação afetivo-sexual, tendo em vista que os órgãos de direitos humanos têm documentado violações generalizadas em relação à população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais), posicionando-se contra tais práticas.²¹⁰

A ação típica do crime de perseguição pode apresentar múltiplas formas, abarcando atos que lesionam direitos fundamentais sejam eles de natureza física, econômica ou jurídica. As ações que se enquadram no delito em apreço não admitem qualquer lesão, mas somente as privações *graves* de direitos fundamentais.²¹¹

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional exige, ainda, que o crime de perseguição seja cometido em correlação com outro crime contra a humanidade ou com outro crime de competência do Tribunal Penal Internacional (genocídio, crime de guerra, crime de agressão).

Quanto ao elemento subjetivo, esse delito também observa o dolo geral disposto no artigo 30 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de modo que os atos que privem as vítimas de seus direitos fundamentais devem ser perpetrados dolosamente – com consciência e vontade. Assim como nas outras hipóteses, o agente deve saber ou pretender que sua conduta integre um ataque, generalizado ou sistemático, dirigido contra uma população civil, e ainda deve ser impulsionado por motivos discriminatórios, sejam de ordem política, racial, nacional, étnica, cultural, religiosa, em virtude do gênero ou outra causa rechaçada pelo direito internacional.

4.4.8. Desaparecimento forçado de pessoas (art. 7º, 1, i, do ETPI)

Os desaparecimentos forçados já eram repudiados pela comunidade internacional e foram objeto de uma declaração da Assembleia Geral da ONU, que os qualificou como violação aos direitos do homem e ao direito internacional.²¹²

O antepenúltimo crime contra a humanidade previsto no Estatuto de Roma (art. 7º, 1, i, do ETPI) vem definido pela alínea *i* – artigo 7º, parágrafo 2º, da seguinte maneira:

- i) Por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer

²⁰⁹ Cf. Artigo 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “ARTIGO 3º Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto”.

²¹⁰ Vide Resolução 17/19 adotada pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU (A/HRC/RES/17/19); Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (A/HRC/19/41) com as principais obrigações legais que Estados devem aplicar para a proteção de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Disponível em: [www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf]. Acesso em: 03.07.2014.

²¹¹ WERLE, G. Op. cit., p. 521-524.

²¹² Declaração sobre a Proteção a Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados. Doc. ONU, A/Res/47/133, de 12 de fevereiro de 1993.

informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.²¹³

Dada certa complexidade desse tipo penal, os *Elementos dos Crimes* assim exigem:

1. Que o autor:
 - a) Tenha aprisionado, detido ou sequestrado uma ou mais pessoas; ou
 - b) Tenha se negado a reconhecer a prisão, a detenção ou o sequestro ou a dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa ou dessas pessoas;
2. a) Que tal prisão, detenção ou sequestro tenha sido seguido ou acompanhado de uma negativa a reconhecer essa privação de liberdade ou a fornecer informações sobre a sorte ou o paradeiro dessa ou dessas pessoas; ou
- b) Que tal negativa tenha sido precedida ou acompanhada dessa privação de liberdade.
3. Que o autor tenha sido consciente de que:
 - a) Tal prisão, detenção ou sequestro seria seguido, no curso normal dos acontecimentos, de uma negativa a reconhecer a privação de liberdade ou a dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoa ou pessoas; ou
 - b) Tal negativa foi precedida ou acompanhada dessa privação de liberdade;
4. Que tal prisão, detenção ou sequestro tenha sido realizado por um Estado ou uma organização política ou com sua autorização, apoio ou concordância;
5. Que tal negativa a reconhecer a privação de liberdade ou a dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessa pessoa ou pessoas tenha sido realizada por um Estado ou organização política ou com sua autorização ou apoio;
6. Que o autor tenha tido a intenção de deixar essa pessoa ou pessoas fora do amparo da lei por um período prolongado.
7. Que a conduta tenha sido cometida como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil.
8. Que o autor tenha tido conhecimento de que a conduta era parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra população civil ou tenha tido a intenção de que a conduta fosse parte de um ataque desse tipo.²¹⁴

²¹³ Decreto 4.388, de 25 de dezembro de 2002 (promulga o Estatuto do Tribunal Penal Internacional).

²¹⁴ “Artículo 7 1) i) Crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas/ Elementos/ 1. Que el autor: a) Haya aprehendido, detenido, o secuestrado a una o más personas; o b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas. 2. a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o b) Que tal negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad. 3. Que el autor haya sido consciente de que: a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad. 4. Que tal aprehensión,

A partir do exposto, é possível identificar os elementos objetivos constitutivos desse delito: i) a detenção, a prisão ou o sequestro; ii) a recusa quanto ao reconhecimento do estado de privação de liberdade ou quanto ao fornecimento de informação; iii) o papel desempenhado pelo Estado ou pela organização política.²¹⁵

Note-se que, conforme os elementos supra colacionados, formulados pela Assembleia Geral dos Estados-partes, esse delito pode ser praticado por duas vias. A primeira se dá quando o autor prende, detém ou sequestra as vítimas. Nessa hipótese, para que lhe seja imputado esse crime, a privação de liberdade por ele efetivada deve ser acompanhada ou seguida de uma negativa de reconhecimento dessa prisão/detenção/sequestro, ou vir seguida ou acompanhada de uma recusa à prestação de informações sobre o paradeiro da pessoa que foi presa/detida/sequestrada.

A segunda forma de execução desse delito diz respeito ao agente que não necessariamente prende/detém/sequestra alguém, mas se nega a reconhecer a ocorrência desses atos ou se nega a dar informações sobre a sorte ou paradeiro da pessoa privada de sua liberdade. Evidentemente, tais posturas de recusa devem, necessariamente, acompanhar ou serem precedidas da efetiva prisão/detenção/sequestro.

Em ambas as hipóteses de conduta, os agentes devem estar conscientes da ocorrência dos elementos objetivos. Ou seja, o sujeito que prende, deteve ou sequestra alguém deve saber que seu ato será posteriormente negado ou que o destino da pessoa detida não será informado. Por sua vez, o sujeito que se nega a reconhecer que houve prisão/detenção/sequestro ou que se nega a fornecer informações sobre a sorte ou paradeiro das vítimas deve ter consciência de que tal privação de liberdade de fato ocorreu.

Em suma, o desaparecimento deve ser seguido ou acompanhado da recusa ao reconhecimento da detenção/prisão/sequestro, ou da recusa ao fornecimento de qualquer informação sobre a

detención o secuestro haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia. 5. Que tal negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo. 6. Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. 7. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; 8. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.”/ Notas de rodapé: “23 Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que en su comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común.; 24 El crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto.; 25 La palabra “detenido” incluirá al autor que haya mantenido una detención existente.; 26 Se entiende que, en determinadas circunstancias, la aprehensión o la detención pudieron haber sido legales.; 27 Este elemento, incluido a causa de la complejidad de este delito, se entiende sin perjuicio de la introducción general a los elementos de los crímenes.; 28 Se entiende que, en el caso del autor que haya mantenido detenido a alguien que ya lo estaba, se daría ese elemento si el autor fuese consciente de que esa negativa ya había tenido lugar”.

²¹⁵ Menciona-se outro elemento objetivo que seria o caráter contínuo do crime por um período prolongado de tempo, entretanto não se compartilha deste entendimento haja vista que o “período prolongado de tempo” refere-se à *intenção do autor* de privar a vítima da proteção da lei – vide item 6 dos *Elementos dos Crimes* para este delito (CURRAT, P. Op. cit., p. 508). Nesse sentido, WERLE, G. Op. cit. p. 531.

situação ou localização das vítimas, ainda que estejam mortas.²¹⁶ Ademais, assevera-se que a informação falsa dada conscientemente equipara-se ao ato de negar informação.²¹⁷

A detenção, a prisão ou o sequestro são formas de privação de liberdade suficientemente graves para ensejar o desaparecimento de pessoas, as quais são constrangidas a permanecer em lugares de detenção normalmente clandestinos.²¹⁸

Exige-se que os autores do crime sejam agentes de um Estado ou de uma organização política, ou que sejam pessoas atuando com a autorização, o apoio ou a concordância desse Estado ou organização. A primeira hipótese (agentes de Estado) trata, por exemplo, dos membros das forças armadas ou da polícia. Já a expressão “organização política” recobre os grupos de caráter político que gozam de meios e recursos para efetivamente “fazer desaparecer” as vítimas. É delito especial próprio, visto que exige peculiar qualidade do sujeito ativo.

No que concerne à “autorização, apoio ou concordância” exigida do Estado ou da organização política para que se caracterize o crime de “desaparecimento forçado”, entende-se por *autorização* a ação pela qual é dada autoridade, faculdade, permissão para fazer algo; enquanto que *apoio* diz respeito ao suporte, à ajuda, que pode ser financeira, material, ou de outra natureza, capaz de fornecer subsídios para a prática da ação delituosa. Por fim, a *concordância* se refere à aprovação do Estado ou da organização política em relação a prisão, detenção ou sequestro realizados.²¹⁹

No que tange ao elemento subjetivo, exige-se o dolo de realizar os elementos constitutivos do crime nos moldes do disposto no artigo 30 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Nesse sentido, os autores devem agir com vontade e consciência de prender, deter ou sequestrar alguém, cientes de que haverá negativa de reconhecimento desses atos, ou que não serão fornecidas informações acerca da sorte das vítimas; ou, então, devem os autores se recusar a admitir que as vítimas foram privadas de sua liberdade (“recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade”) ou se recusar a prestar qualquer informação sobre sua situação ou localização cientes de que efetivamente houve privação de liberdade das vítimas.

A redação do tipo objetivo ainda conta com a expressão “com o propósito de lhes negar a proteção da lei”, o que indicaria um elemento subjetivo do injusto (ou especial). Contudo, tal indicação é considerada redundante, uma vez que tal intenção já é intrínseca ao elemento subjetivo geral.²²⁰ Isso porque todo desaparecimento forçado subtrai da vítima a proteção legal que lhe é de direito, e considerando que o artigo 30 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional exige que o dolo do autor recaia sobre todos os elementos do tipo, a intenção de obstar a proteção legal já está implícita na intenção de realizar os elementos constitutivos do delito de desaparecimento forçado.

Ademais do exposto, o autor, assim como nos outros tipos, também deve saber ou pretender que sua conduta seja parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra uma população civil.

²¹⁶ CURRAT, P. Op. cit., p. 514.

²¹⁷ WERLE, G. Op. cit., p. 530.

²¹⁸ CURRAT, P. Op. cit., p. 509.

²¹⁹ Ibidem, p. 511-513.

²²⁰ Ibidem, p. 518-519.

4.4.9. *Crime de apartheid (art. 7º, 1, j, do ETPI)*

O *apartheid* foi qualificado como crime contra a humanidade na Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de Apartheid de 30 de novembro de 1973.

A sua integração na lista dos crimes de lesa-humanidade endossa o repúdio internacional a tal prática, e concretiza o alcance legal que lhe faltava.

Apartheid significa “separação” em *afrikander* e se refere à política de segregação e discriminação racial conduzida pelo governo da África do Sul a partir de 1948.²²¹

O artigo 7º, 2, *h*, do ETPI esclarece que:

h) Por “crime de *apartheid*” entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime.

Ressalte-se que, embora conste no Decreto 4.388/2002 que o *apartheid* se dá no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio de um grupo racial sobre “um ou outros grupos *nacionais*”, as versões oficiais em outras línguas não utilizam o termo “nacionais”, mas sim “raciais”.²²²

Os *elementos dos crimes* exigem para este delito:

1. Que o autor tenha cometido um ato desumano contra uma ou mais pessoas.
2. Que esse ato tenha sido um dos mencionados no parágrafo 1 do artigo 7º do Estatuto ou tenha tido caráter semelhante a algum desses atos. (*a nota de rodapé n. 29 esclarece que o termo “caráter” se refere à natureza e à gravidade do ato*)
3. Que o autor tenha tido consciência das circunstâncias de fato que determinavam o caráter do ato.
4. Que a conduta tenha sido cometida no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemáticos de um grupo racial sobre um ou mais grupos raciais.
5. Que com sua conduta o autor tenha tido a intenção de manter esse regime.

²²¹ BORNIA, J. P. Op. cit., p. 33.

²²² Em português (trecho da redação do artigo 7º, 2, *h*): “(...) contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos *nacionais*” (grifado) Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm Acesso em 22 de junho de 2014]; em inglês: “(...) in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other *racial group*” (grifado); em espanhol: “(...) en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más *grupos raciales*” (grifado); em francês: “(...) dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres *groupes raciaux*” (grifado), nestas línguas, disponível no sítio do Tribunal Penal Internacional [www.icc-cpi.int]. Acesso em: 03.07.2014.

6. Que a conduta tenha sido perpetrada como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil.
7. Que o autor tenha tido conhecimento de que a conduta era parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil ou tenha tido a intenção de que a conduta fosse parte de um ataque desse tipo.²²³

Ante o colacionado, destacam-se, em síntese, os seguintes elementos objetivos: i) a execução de atos desumanos; e ii) o contexto de um regime institucionalizado de opressão sistemática e dominação racial.²²⁴

Quanto ao primeiro elemento, entende-se que os “atos desumanos” compreendem todos aqueles elencados nas alíneas do parágrafo 1º do artigo 7º (ETPI) como o homicídio, extermínio, escravidão, tortura, e demais abordados. Admite-se, também, que condutas análogas a essas últimas configurem o crime de *apartheid*, aduzindo que, para tanto, deve-se analisar se a natureza e a gravidade da ação “dita” análoga podem ser equiparadas às das condutas já definidas expressamente (caso de interpretação extensiva analógica).

Ademais, afirma-se que esse elemento típico pode ser interpretado conforme o disposto no artigo II²²⁵ da Convenção para a Eliminação e Repressão do Crime de *Apartheid*.

²²³ “Artículo 7 1) j) Crimen de lesa humanidad de apartheid/ Elementos/ 1. Que el autor haya cometido un acto inhumano contra una o más personas. 2. Que ese acto fuera uno de los mencionados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o fuera de carácter semejante a alguno de esos actos. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto. 4. Que la conducta se haya cometido en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales. 5. Que con su conducta el autor haya tenido la intención de mantener ese régimen. 6. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 7. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”.

²²⁴ CURRAT, P. Op. cit., p. 548.

²²⁵ “Artigo II Para efeitos da presente Convenção, o termo “crime de *apartheid*”, que deve incluir políticas e práticas semelhantes de segregação e discriminação racial praticada na África do Sul, é aplicável aos seguintes atos desumanos cometidos com o propósito de estabelecer e manter dominação de um grupo racial de pessoas sobre qualquer outro grupo racial de pessoas e a opressão sistemática destas: (A) Negação a um membro ou membros de um grupo ou grupos raciais ao direito à vida e à liberdade individual: (I) Por assassinato de membros de um grupo ou grupos raciais; pela imposição aos membros de um grupo ou grupos raciais sérios danos físicos ou mentais, por violação de sua liberdade ou dignidade, ou submetendo-os à tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; (III) Pela prisão arbitrária ou aprisionamento ilegal de membros de um grupo ou grupos raciais; (B) Imposição deliberada a grupos raciais de condições de vida calculadas para causar sua destruição física no todo ou em parte; (C) Qualquer medida legislativa e outras medidas calculadas para impedir que um grupo ou grupos raciais da participação no social, econômico e cultural da vida política do país e a criação deliberada de condições que impeçam o pleno desenvolvimento de um grupo ou grupos, em nomeadamente através da negação a membros de um grupo ou grupos raciais direitos humanos básicos e liberdades fundamentais, incluindo o direito ao trabalho, o direito de formar uniões comerciais, o direito à educação, o direito de deixar e retornar ao seu país, o direito de uma nacionalidade, o direito à liberdade de circulação e de residência, o direito à liberdade de opinião e expressão, e o direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas; (D) Todas as medidas, incluindo medidas legislativas, destinadas a dividir a população segundo critérios raciais através da criação de reservas separadas e guetos para membros de um grupo ou grupos raciais, a proibição dos casamentos mistos entre os membros de vários grupos raciais, a expropriação de propriedades territoriais pertencentes a um grupo ou grupos raciais ou de membros da mesma; (E) A exploração do trabalho dos membros de um grupo ou grupos raciais, em particular pela submissão a

A sua particularidade delitiva reside no contexto especial que é exigido para sua caracterização, além daquele previsto no parágrafo 1º do artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Em outras palavras, ainda que seus elementos no caso concreto possam se confundir, exige-se não somente o quadro de ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil, mas, de modo especial, a existência de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre qualquer outro, ou outros, grupos raciais.²²⁶

Dessa forma, o que faz com que as condutas definidas pelo Estatuto de Roma como crimes contra a humanidade sejam classificadas como *apartheid* é o fato de serem perpetradas no contexto que é próprio deste delito.

Por “regime” – do latim *regimen* – entende-se “o sistema político pelo qual é regido um país”.²²⁷ Envolve a ação de reger, governar, dirigir.

O termo “institucionalizado” repousa sobre a existência de instituições, de leis fundamentais que conduzem um Estado. Tal regime deve ser de opressão sistemática, conduzido de maneira a oprimir, abater forças, afligir e/ou tyrannizar por meio de leis e instituições discriminatórias que salientam o caráter sistemático dessa opressão.

O crime de *apartheid* exige, consoante o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a dominação de um grupo racial sobre qualquer outro ou outros grupos raciais,²²⁸ de modo que não se admitem dominações de outra ordem, como a econômica, por exemplo.

Quanto ao elemento subjetivo, aplica-se o disposto no artigo 30 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, sendo que o dolo geral deve consistir na vontade do autor de cometer qualquer ato desumano com a consciência de praticá-los no quadro de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemáticos de caráter racial.

Consoante disposto no item 3 (supramencionado) dos *Elementos dos Crimes*, o autor deve ter consciência das circunstâncias de fato que determinam o caráter (gravidade e natureza) do ato, além de saber ou ter a intenção de que sua conduta seja parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra uma população civil.

Ressalta-se que o crime de *apartheid* exige o dolo do autor de praticar os atos desumanos no contexto *ut* exposto (regime de opressão e domínio racial), impelido pela intenção de perpetuar tal regime.

trabalhos forçados; (F) Perseguição de organizações ou pessoas, privando-os dos direitos e liberdades fundamentais, porque se opõem ao *apartheid*”. Disponível em: [www.oas.org/dil/port/1973%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Supress%C3%A3o%20e%20Puni%C3%A7%C3%A3o%20do%20Crime%20de%20Apartheid.pdf]. Acesso em: 03.07.2014.

²²⁶ WERLE, G. Op. cit., p. 533.

²²⁷ FERREIRA, A. B. de H. Op. cit., p. 1474.

²²⁸ Racial é o que é relativo a raça. Raça: “1. Conjunto de indivíduos cujos caracteres somáticos, tais como a cor da pele, a conformação do crânio e do rosto, o tipo de cabelo, etc. são semelhantes e se transmitem por hereditariedade, embora variem de indivíduo para indivíduo. 2. O conjunto dos ascendentes e descendentes de uma família, uma tribo ou um povo, que se origina de um tronco comum”. (Ibidem, p. 1442).

O elemento subjetivo do injusto²²⁹ está consubstanciado na expressão “com a intenção de manter esse regime” (parte final do artigo 7º, 2, h, do ETPI), e no item 5 dos *Elementos dos Crimes*, não importando o motivo, podendo ser porque o autor compartilha a mesma ideologia política, porque auferir algum proveito, ou outro qualquer.

4.4.9. Outros atos desumanos de caráter semelhante (art.7º, 1, k, do ETPI)

Quando dos debates para a formulação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, algumas delegações ressaltaram de maneira positiva que a adoção da categoria intitulada “outros atos desumanos” possibilitariam ao tribunal conhecer atos eventualmente imprevisíveis, que, por conseguinte, poderiam ser penalmente reprimidos mesmo não figurando expressamente no rol de crimes contra a humanidade. A oposição, por sua vez, alegava que a incriminação de “outros atos desumanos” não ostentava a clareza nem precisão exigidas pelo princípio da legalidade, não oferecia segurança quanto aos atos suscetíveis de repressão penal a nível internacional, e tampouco garantiriam os direitos de defesa.²³⁰

Não obstante a apresentação de argumentos contrários, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional admite a incriminação de “outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental” (alínea k do parágrafo 1º artigo 7º do ETPI). Trata-se de previsão de interpretação extensiva analógica, expressamente estabelecida para hipóteses similares.

Diante da impossibilidade de se formular um rol exaustivo, a previsão mantém em aberto a lista de atos constitutivos dos crimes contra a humanidade com o intuito de garantir que condutas de semelhante gravidade não escapem à repressão penal internacional.

Da alínea k extraem-se dois requisitos importantes: a prática de atos desumanos e o fato de que estes atos causem grande sofrimento ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental das vítimas.

Quanto aos “atos desumanos”, o item 2 dos elementos definidos para esse crime²³¹ dispõe que tais atos devem ter caráter semelhante aos listados no parágrafo 1º do artigo 7º (ETPI). Para mitigar a imprecisão e a natureza aberta da previsão em análise, acrescentou-se a exigência de que as condutas causem grande sofrimento, ou alternativamente, afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental das vítimas.²³²

Aplica-se novamente o artigo 30 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional no que tange ao elemento subjetivo geral.

²²⁹ Com detalhes, sobre elemento subjetivo do injusto, vide PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. 2. ed., I, p. 641 e ss.

²³⁰ CAPELLÀ I ROIG, M. Op. cit., p. 185-186.

²³¹ “2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto”. 2. Que o ato tenha tido um caráter semelhante a qualquer um dos atos a que se refere o parágrafo 1 do artigo 7º do Estatuto.

²³² Requisito reiterado no item 1 dos Elementos dos Crimes concernente ao crime contra a humanidade de outros atos desumanos: “1. Que o autor tenha causado mediante um ato desumano grandes sofrimentos ou atentado gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física.” Em espanhol no documento oficial: “1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

O dolo consiste na vontade e na consciência de praticar o ato desumano de causar grande sofrimento ou afetar gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental da(s) vítima(s).

Consoante item 3 dos *Elementos dos Crimes*, deve o autor ter consciência das circunstâncias de fato que determinam o caráter do ato,²³³ além de saber ou pretender que sua conduta integre um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil.

5. Conclusão

O processo de internacionalização dos direitos humanos, fomentado principalmente após a Segunda Guerra Mundial, enseja a admissão do homem como sujeito de direito internacional (responsabilidade penal internacional individual).

A preocupação com o tratamento humano deixa de ser matéria exclusiva de competência da jurisdição doméstica dos Estados para tornar-se matéria de legítimo interesse internacional.

A partir disso, resta evidente a necessidade de tutelar direitos e liberdades individuais, com o fim de garantir a existência humana com dignidade, mesmo que isso demande certa flexibilização da soberania dos Estados, tida até então como ilimitada.

Sob essa ótica, o Direito Penal Internacional tem papel fundamental na tutela de bens jurídicos reconhecidos universalmente, cuja violação deve ser rechaçada. Especialmente após as atrocidades perpetradas no período da Segunda Guerra Mundial, desenvolve-se a ideia de uma jurisdição penal internacional, iniciada pelos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e de Tóquio – em seus estatutos vêm previstos pela primeira vez os crimes de lesa-humanidade, exigindo-se para sua configuração à época um vínculo com os crimes de guerra ou com os crimes contra a paz.

Encerradas as atividades dos Tribunais Militares Internacionais, longo período decorreu até que fossem concretizadas outras iniciativas em prol de uma repressão penal internacional.

Tão somente em 1993 e em 1994 foram instituídos os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, cujos estatutos consignaram, de forma autônoma, o crime de genocídio, além de inovarem alguns aspectos da previsão dos crimes contra a humanidade.

Com efeito, após a experiência e a jurisprudência desses tribunais, a Convenção de Roma de 1998 colocava em pauta a adoção de instrumento que instituiria o Tribunal Penal Internacional.

O Estatuto de Roma, em vigor desde 1º de julho de 2002, prevê quatro crimes internacionais sob sua competência, entre eles os crimes de lesa-humanidade.

Os crimes internacionais visam a reprimir a violação aos bens jurídicos mais caros à comunidade internacional, e, no caso dos crimes contra a humanidade, constata-se que se busca em especial a tutela da dignidade humana como bem jurídico transindividual.

²³³ Elementos dos Crimes. Item 3: “3. Que o autor tenha sido consciente das circunstâncias do fato que determinaram o caráter do ato”. Em espanhol, no documento oficial: “3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto”.

Tal espécie delitiva pressupõe um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, não sendo exigida a existência de conflito armado, tampouco elemento subjetivo do injusto aplicável a todos os tipos objetivos, embora haja particular previsão do referido elemento subjetivo em alguns dos tipos previsto nas alíneas do artigo 7º, 1, do ETPI.

Mais precisamente, o bem jurídico penalmente tutelado no âmbito do Estatuto internacional vem a ser primariamente a dignidade da pessoa humana como valor universalmente protegido.

São incriminados sob a rubrica de crimes de lesa-humanidade: o homicídio, o extermínio, a escravidão, a deportação ou transferência forçada de pessoas, a prisão ou outra forma de privação grave da liberdade física, a tortura, o estupro, a escravidão sexual, a prostituição forçada, a gravidez forçada, a esterilização forçada, outras formas de violência sexual de gravidade comparável, a perseguição, o desaparecimento forçado de pessoas, o *apartheid*, além de outros atos desumanos, nos moldes do que explanado.

Denota-se que, embora seja dever de cada Estado reprimir os crimes internacionais, a doutrina brasileira pouco se debruça sobre a análise pormenorizada de tais crimes.

À semelhança do crime de genocídio, inserido na legislação por lei própria (Lei 2.889/1956), os crimes contra a humanidade também demandam regulamentação legal específica no direito interno. O que possibilitaria o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro, além de viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

Ainda que algumas condutas previstas no artigo 7º, 1, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional já estejam tipificadas no ordenamento brasileiro, há que se dotar de competência os tribunais internos para julgar tais condutas sob a rubrica de crimes de lesa-humanidade, vez que os últimos pressupõem contexto especial para sua configuração (*ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil*), o que os difere dos tipos previstos no direito interno.

Ademais, tendo em vista que os crimes internacionais tutelam os bens jurídicos considerados mais importantes pela comunidade internacional, reputa-se necessário dispor de um direito material mais adequado à sua repressão, de forma a respaldar o exercício da pretensão punitiva, não só de interesse estatal, mas de interesse de toda comunidade internacional.

6. Referências bibliográficas

AMBOS, Kai. *Principios e imputación en el Derecho Penal Internacional*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008.

AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

AMBOS, Kai; SALGADO, Salo de. *O Direito Penal no Estatuto de Roma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAÚJO, Giselle Ferreira de. Proteção dos direitos humanos por organismos internacionais: controle e coercibilidade: Tribunais Penais Internacionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 58, ano. 15, p. 280-305. jan.-fev. 2007.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. Crimes contra a humanidade: sistema internacional de repressão. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 75, n. 1, p. 82-93. jan.-mar. 2009.

ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1973.

ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*. 2. ed. Paris: Editions A. Pedone, 2012.

BEAUVALLET, Olivier. *Lemkim face au génocide*. Paris: Michalon, 2011.

BOLLO AROCENA, Maria Dolores. *Derecho Internacional Penal: estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*. Bilbao: Servicio Editorial Universidad Del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, D. L., 2004.

BASSIOUNI, M. Cherif. *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity in International Criminal Law*. 2. revised edition. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004.

BOOT, Machteld. *Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court: genocide, crimes against humanity, war crimes*. Antwerpen/Oxford/New York: Intersentia, 2002.

BORNIA, Josiane Pilau. *Discriminação, preconceito e Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2008.

BOSLY, H-D; VANDERMEERSCH, D. *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*. Bruxelles: Bruylant, 2012.

BOUVIER, A. A. *Direito internacional humanitário e direito dos conflitos armados*. Instituto para Treinamento das Operações de Paz, 2011, p. 11. Disponível em: [http://media.peaceopstraining.org/course_promos/international_humanitarian_law/international_humanitarian_law_portuguese.pdf]. Acesso em: 01.07.2013.

BROUWER, Anne-Marie L. M. de. *Supranational criminal prosecution of sexual violence: the ICC and the practice of the ICTY and the ICRT*. Antwerp/Oxford: Intersentia, 2005.

BUENO ARÚS, Francisco; MIGUEL ZARAGOZA, Juan de. *Manual de Derecho Penal internacional*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2003.

CAPELLÀ ROIG, Margalida. *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005.

CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

CUERDA RIEZU, Antonio; RUIZ COLOMÉ, M^a Ángeles. Observaciones sobre el estatuto del tribunal penal internacional. In: CEREZO MIR, José; SUÁREZ MONTES, Rodrigo F.; BERISTAIN

- IPIÑA, Antonio; ROMEO CASABONA, Carlos M. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Granada: Comares, 1999.
- COIMBRA, Mário. *Tratamento do injusto penal da tortura*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- CRUZ DÍAZ, J.; RODRÍGUEZ PRIETO, R. *Holocausto y crímenes contra la humanidad*. Barcelona: Anthropos, 2009.
- CURRAT, Philippe. *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour Pénal International*. Genève/Zurich/Bâle: Schulthess Médias Juridiques SA, 2006.
- DEFEIS, Elizabeth F. The evolution of International Criminal Law. *Perspectives on 9/11* edited by Yassin El-Ayouty. United States of America: Greenwood Publishing Group, 30.06.2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille; FOUCHARD, Isabelle; FRONZA, Emanuela; NEYRET, Laurent. *Le crime contre l'humanité*. Paris: Puf, 2009.
- FERNANDES-PACHECO ESTRADA, Cristina. *El genocidio en el derecho penal internacional*. Valencia: Tirant-lo-Blanch, 2011.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GARAPON, Antoine. *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*. Paris: Odile Jacob, 2002.
- GARIBIAN, Sévane. *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne: Naissance et consécration d'un concepte*. Paris: Éditions Juridiques Associées/LGDJ, 2009.
- GIL GIL, Alicia. *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 1999.
- GIL GIL, Alicia. *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente – UNES Alzira-Valencia. Colección interciencias 6., 1999
- HALL, Christopher Keith. The first proposal for a permanent international criminal court. *International Revue of The Red Cross*. *Cambridge University Press*, v. 80, Issue 829, mar. 1998.
- JAÉN VALLEJO, Manoel. *Legalidad y extraterritorialidade en el Derecho Penal Internacional*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). *Direito penal internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- KERSHAW, I. *Hitler*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Cia das Letras, 2013.
- KOTKIN, S. *Stálin*. Paradoxes of power. I (1878-1928) e II (1928-1941). Penguin Press, 2014.
- LUBAN, David J. *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*. Trad. Ezequiel Malarino y Marisa Vázquez. Bogotá: Temis, 2011.
- MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen. *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2008.

- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2 ed. São Paulo. Ed. RT, 2007.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito brasileiro*. São Paulo: Premier, 2005.
- MELENDO PARDOS, Mariano. *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Interacional*. Desafíos para la dogmática penal continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008.
- MONTEFIORE, S. S. *La corte del zar rojo*. Trad. Teófilo de Lozoya. Barcelona: Crítica, 2010.
- NERI GUAJARDO, Elia Patricia. Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, n. 48, ano 12, p. 9-37. maio/jun. 2004.
- PASTOR, Daniel R. *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos de Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006.
- PIERRE MATUS, Jean. *La transformación de la teoría del delito en el Derecho Penal Internacional*. Barcelona: Atelier, 2008.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Leis penais especiais*. Parte I. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 1.
- PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. Parte Especial. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. I, II, III.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de Derecho Penal internacional e internacional penal*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Instituto Francisco Vitoria, 1995. t. 1.
- RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- REBUT, Didier. *Droit Pénal international*. Paris: Éditions Dalloz, 2012.
- SERVICE, R. *Stálin*. The biography. Boston: Harvard. University Press, 2006.
- SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SOUSA, Susana Aires de. Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade. *XVth International Congress of Social Defense Justice and cooperation in criminal matters in international military interventions*. Toledo, September 2007. Disponível em: [[www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/01\)_Do_bem_juridico-penal_protegido_nos_crimes_contra_a_humanidade_de_Souza.pdf](http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/01)_Do_bem_juridico-penal_protegido_nos_crimes_contra_a_humanidade_de_Souza.pdf)]. Acesso em: 03.07.2014.
- VABRES, Henri Donnedieu de. *Les principes modernes du Droit Penal International*. Paris: Editions Panthéon-Assas, 2004.
- VON CLAUSEWITZ, Carl. *Da guerra*. Trad. Maria Teresa Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A Corte Penal Internacional: jurisdição e competência, de Ágata M^a Sanz Hermida – *RCP* 5/50-66 e *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 3/613-632 (DTR\2006\846) ;
- Crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a conivência estatal à luz do direito interno e internacional, de Jorge Barrientos-parra – *RT* 903/383-410 (DTR\2011\1092);
- Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal, de Marlon Alberto Weichert – *RBCCrim* 74/170-229 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/371-420 (DTR\2008\547);
- Justiça penal internacional: do relativismo ao universalismo de valores?, de Tupinambá Pinto de Azevedo e Fernanda Figueira Tonetto – *RBCCrim* 120/159-199 (DTR\2016\20118);
- O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI, de Valerio de Oliveira Mazzuoli – *RT* 830/421-442, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/1075-1107 e *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 3/1045-1076 (DTR\2004\925); e
- Os Tribunais Penais Internacionais, de Alexis Augusto Couto de Brito – *RT* 840/475-490 e *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 3/633-654 (DTR\2005\721).