

GENOCÍDIO (*)

Heleno Cláudio Fragoso

Antecedentes e generalidades. O crime de genocídio surgiu com as atrocidades inomináveis praticadas pelos nazistas, durante a Segunda Guerra, particularmente contra os judeus, submetidos a sistemático extermínio. As potências aliadas, já em data anterior à terminação do conflito, manifestaram o seu repúdio à “violação dos direitos humanos mais elementares”, através de atos que a ação militar não fazia necessários, anunciando, na célebre Advertência Tripartite, de 24 de abril de 1945, a punição das atrocidades praticadas contra a população civil, como um dos objetivos confessados da próxima paz, mesmo que os culpados se achassem “nos confins da terra”¹.

Em 8 de agosto de 1945, os aliados aprovaram, em Londres, os estatutos da constituição do Tribunal Militar Internacional que, com a participação dos Estados Unidos, da Inglaterra, da União Soviética e da França, passou a funcionar em Nuremberg. Em seu art. 6º, fixando as regras da jurisdição e os princípios gerais a que deveria obedecer o tribunal, os estatutos de Londres definem três categorias de infrações penais: crimes contra a paz; crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Crimes contra a paz eram: o planejamento, a preparação, a iniciação ou a execução de guerra de agressão ou de guerra que violasse tratados internacionais, acordos, seguranças, ou a participação em plano comum ou em conspiração para executar qualquer de tais atos.

Crimes de guerra seriam: violação das leis ou dos costumes da guerra. Tais violações incluíam assassinatos, maus-tratos, deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim de populações civis dos territórios ocupados ou que neles se encontrassem; assassinatos ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas nos mares; execução de reféns, despojamento da propriedade pública ou privada;

¹ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, 1955, I, 613.

injustificável destruição de cidades, povos e aldeias; devastação não justificada por necessidade militares.

Finalmente, os *crimes contra a humanidade* seriam: assassinatos, exterminação, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, em execução ou em conexão com qualquer crime da jurisdição do tribunal, constituíssem, ou não, violação da legislação interna do país em que tivessem sido perpetrados².

No art. 8º, o estatuto estabelecia que o fato de ter sido o crime praticado em obediência hierárquica ou no cumprimento de ordens do governo, não eximiria de pena, podendo apenas constituir atenuante. No art. 9º permitia a acusação a grupos ou organizações³.

O Tribunal de Nuremberg suscitou graves reservas e sérias críticas, pela violação evidente, que representava, de princípios jurídicos fundamentais na justiça penal⁴. É inegável, no entanto, que os julgamentos de Nuremberg permitiram a fixação, no plano do direito penal internacional, de princípios extremamente importantes, entre os quais, o do caráter criminoso da guerra de agressão e o da responsabilidade penal do indivíduo no plano do Direito Internacional⁵.

Em 1947, foi realizada em Bruxelas a VII Conferência para a Unificação do Direito Penal, tendo por fim a definição do crime contra a humanidade. Esse conclave reuniu todos os grandes especialistas na matéria. Concluiu que a repressão do delito deve ser organizada só em plano internacional e assegurada por uma jurisdição penal internacional, quando os culpados forem governantes, órgãos ou indivíduos protegidos

² O texto integral do estatuto acha-se em ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, 1950, II, n. 891.

³ Dentre os vários grupos ou organizações acusados, foram declarados culpados a SS (*Schutzstaffeln*) e sua subsidiária SD (*Sicherheitsdienst*); a Gestapo e o corpo de liderança do partido nazista (*Korps der Politischen Leiter*) Cf. GERHARD RAUSCHENBACH, *Der Nürnberger Prozess gegen die Organisationen*, 1954 82ss.

⁴ Cf. ASÚA, *Tratado*, II, 999 e a bibliografia ali citada, e também VI, 853.

⁵ Cf. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, I, 429. Para o direito que ficou de Nuremberg, cf. QUINCY WRIGHT, *The Law of the Nuremberg Trials*, *American J. of Int. Law*, 1947, vol. 41/1, também publicado no volume GERHARD O. W. MUELLER — E. M. WISE, *International Criminal Law*, 1965, 239. A jurisprudência, de Nuremberg foi elevada à categoria de princípio geral de direito pela Assembléia Geral da ONU, em 11 de dezembro de 1946.

pelo Estado, bem como na falta de repressão de natureza penal, no plano interno. A resolução final do conclave também se pronuncia no sentido de que o crime contra a Humanidade seja erigido em delito *sui generis*, de direito comum, e incluído no Código Penal Internacional, devendo também ser incluída em todos os estatutos repressivos nacionais, desde já e em forma mínima, uma disposição que se refira aos fatos previstos no texto seguinte: constitui crime contra a Humanidade e deve ser reprimido como assassinato, todo homicídio ou ato capaz de causar a morte, cometido em tempo de guerra ou de paz, contra indivíduos ou grupos humanos, em razão de sua raça, de sua nacionalidade, de sua religião ou de suas opiniões.

A expressão *genocídio* foi inventada em 1944 por LEMKIN, professor polonês, radicado nos Estados Unidos, que em sua comunicação à Conferência de Bruxelas, assim o definiu: “O crime de genocídio é um crime especial, consistente em destruir intencionalmente grupos humanos, raciais, religiosos ou nacionais, e, como o homicídio singular, pode ser cometido tanto em tempo de paz como em tempo de guerra. Em território ocupado pelo inimigo e em tempo de guerra, será crime de guerra, e se na mesma ocasião se comete contra os próprios súditos, crimes contra a Humanidade. O crime de genocídio acha-se composto por vários atos subordinados todos ao dolo específico de destruir um grupo humano”⁶.

O projeto de convenção da ONU reprimindo o genocídio, foi redigido pelo próprio LEMKIN, em comissão integrada por VESPASIANO PELLA e DONNEDIEU DE VABRES, presidida por MAKOTOS⁷. A convenção foi aprovada em Paris, em 9 de dezembro de 1948, tendo entrado em vigor em 12 de janeiro de 1951, após ter sido ratificada por 22 países.

A Convenção declara que o genocídio, seja em tempo de paz ou em tempo de guerra, é crime do Direito das Gentes (art. 1º). O art. 3º dispõe: “Na presente convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou

⁶ *Actes de la Conférence*, Paris, 1947, 174.

⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, I, 628.

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

Declara o art. 3º puníveis: o genocídio; a associação de pessoas para cometer o genocídio; a incitação direta e pública a cometer o genocídio; a tentativa de genocídio; a co-autoria no genocídio.

O projeto da Convenção previa três espécies do crime. O genocídio *físico* (assassinato e atos que causem a morte); o genocídio *biológico* (esterilização, separação de membros do grupo) e o genocídio *cultural* (atentados contra o direito ao uso da própria língua; destruição de monumentos e instituições de Arte, História ou Ciência). Esta última categoria, no entanto, foi abandonada no texto definitivo. Neste também não se incluem os grupos *políticos* (juntamente aos grupos nacionais, étnicos, raciais e religiosos), na enumeração constante do art. 2º. Como bem esclarece QUINTANO RIPOLLÉS, o genocídio, tanto por sua etimologia, como na mente de seu primeiro definidor, teve e tem conteúdo circunscrito ao racial, unicamente extensível, por analogia, a outros terrenos, com o risco de perder virtualidade, ao fazê-lo em forma desmedida⁸.

A convenção excluiu a responsabilidade das pessoas jurídicas (aliás, por estreita margem), omitindo, também, qualquer dispositivo sobre a irrelevância da obediência hierárquica, no que, a nosso ver, andou bem. Às pessoas jurídicas não podem ser aplicadas penas criminais e não são elas capazes de culpabilidade. A obediência não pode deixar de ser juridicamente relevante, se ocorrem os seus pressupostos legais.

O mais grave defeito da convenção foi o de não ter estabelecido a jurisdição internacional para o julgamento desses crimes, com a criação de um tribunal internacional permanente. Sem a criação de uma corte dessa natureza, a punição dos governantes será sempre quimérica. O art. 6º estabelece que “as pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. 3º serão julgadas pelos

⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado, I, 632.

tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido, ou pela Corte Penal Internacional competente, com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição”⁹.

O Brasil ratificou a convenção em 15 de abril de 1952, tendo ela sido promulgada através do Decreto n. 30.822, de 6.5.1952.

Dando cumprimento às responsabilidades assumidas no documento por nosso país, foi promulgada em 1º.10.1956, a Lei n. 2.889, definindo e punindo o crime de genocídio. Essa lei altamente defeituosa reproduz, em seu art. 1º, as cinco hipóteses de ação delituosa prevista no art. 2º da convenção. Ao invés de cominar penas determinadas, manda a lei aplicar às diversas figuras de delito, respectivamente, as penas previstas nos arts. 121, §2º, 129, §2º, 270, 125 e 148 do CP. Pune também a associação para a prática do delito, com pena gravíssima, bem como a incitação direta e pública, a cometer qualquer dos crimes previstos no art. 1º.

Alguns Códigos Penais introduziram disposições sobre genocídio. Assim, os CP da Checoslováquia, de 1950 (§§ 116 a 119), e o da Iugoslávia, de 1952 (art. 124), subordinando-os aos títulos de *atentado contra grupos de povos e ações puníveis contra humanidade e o direito das gentes*. Ao CP alemão foi incorporado um § 220 a, relativo ao genocídio (*Völkermord*) em 1954, no capítulo dos crimes contra a vida, onde a doutrina uniformemente o considera um *corpo estranho*¹⁰. O projeto do CP alemão de 1962 prevê o genocídio em título especial: Crimes contra a comunidade dos povos (*Straftaten gegen die Volkergemeinschaft*).

O novo CP de El Salvador, em vigor de 1º de janeiro de 1974, prevê o genocídio (art. 486), impropriamente, num capítulo que trata dos *Delitos contra a Paz Internacional*, e que se classifica entre os *Delitos de Transcendência Internacional*.

⁹ Sobre as marchas e contramarchas nos trabalhos da ONU relativos à criação da corte internacional, cf. H.H. JESCHECK, *Estado atual e perspectivas futuras do Direito Penal Internacional*, *Revista Brás. Crim. Dir. Penal*, n. 10 (1965), 53 ss.; J.B. HERZOG, *A Justiça Penal Internacional, vinte anos após Nuremberg*, *Rev. Brás. Crim. Dir. Penal*, n. 14 (1966), 46 ss. O projeto de estatuto de uma corte internacional, apresentado à Assembléia Geral da ONU em 1953, está publicado no volume MUELLER-WISE, *International Criminal Law*, cit., 513 ss.

¹⁰ Veja-se a exposição de motivos do projeto alemão de 1962 (*E. 1962, Begründung*, 671).

Não nos parece feliz a introdução no CP de disposições sobre o genocídio, particularmente entre os crimes contra a vida. Nesse sentido, tivemos oportunidade de nos manifestar, em crítica ao anteprojeto¹¹, salientando que o que caracteriza o genocídio é, precisamente, a sua projeção no campo internacional e sua transcendência ao simples quadro do homicídio, como crime contra a pessoa. Entendíamos que a natureza desses delitos claramente desaconselhava que o novo CP deles se ocupasse, e sugeríamos que o art. 128 do anteprojeto fosse suprimido.

A criação de um capítulo especial para o genocídio terá ocorrido ao eminente autor do anteprojeto em face da previsão pelo projeto SOLER, do ódio racial como qualificação do homicídio (art. 111, inciso 4º). O próprio SOLER, em anotação a este artigo, faz remissão à convenção sobre genocídio, bem como ao projeto alemão de 1958, que também qualificava o homicídio em tal caso. Este projeto, como os posteriores (1959, 1960 e 1962), no entanto, previa o genocídio em disposição específica e em título próprio, e por esse motivo o homicídio por ódio racial (*Rassenhass*) foi suprimido nas últimas revisões do projeto definitivo, como forma agravada de homicídio.

Com a vigência do novo CP, fica revogada a Lei n. 2.889. A *associação* prevista no art. 2º passa a ser punida como crime de quadrilha (art. 321) e a *instigação*, na forma geral prevista no art. 319 do novo diploma.

Objetividade jurídica. Todas as ações que configuram o crime de genocídio não se dirigem, em primeira linha, contra a vida do indivíduo, mas sim contra grupos de pessoas, na sua totalidade. Como bem jurídico tutelado surge, portanto, a vida em comum dos grupos de homens, na comunidade dos povos, em primeiro plano¹². Como diz MAURACH, § 48, II A, o bem jurídico tutelado no crime de genocídio reside em ideais humanitários: o entendimento de que todos os povos e grupos de pessoas, na obstante suas diferenças, têm pretensão ao reconhecimento de sua dignidade humana e existência.

¹¹ HELENO C. FRAGOSO, *A Reforma da Legislação Penal*, Rev. Brás. Crim. Dir. Penal, n. 4 (1964), 96 ss.

¹² Cf. Exposição de motivos do projeto de CP alemão de 1962. *E. 1962, Begründung*, 671.

Não se trata, pois, de considerar a humanidade como bem jurídico¹³, mas, sim, de identificar valores particularmente dignos de proteção jurídica no respeito humano de pessoas que integram certos grupos que de outros se destacam apenas por sua nacionalidade, raça ou religião.

Sujeito ativo e sujeito passivo. Sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, mas em regra serão os chefes políticos e militares do Estado. Pode o crime, em tese, ser praticado por uma só pessoa, embora o genocídio deve envolver, em regra, uma pluralidade de agentes.

A pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado por governante ou por outra pessoa (funcionário ou particular), por sua determinação (art. 131, § 2º CP). Parece ter havido equívoco na extensão da agravante ao que pratica o crime mediante determinação governante¹⁴, tendo-se em vista o efeito atenuante da obediência hierárquica inescusável, que o próprio Estatuto do Tribunal de Nuremberg reconhecia.

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa que integre determinado grupo nacional, étnico, racial ou religioso e que seja atingida como tal.

Embora a definição do delito se refira a “membros de um grupo”, pode configurar-se o crime ainda que um só seja vítima¹⁵, desde que atingido em caráter *impessoal*, como membro de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

A pluralidade de vítimas é irrelevante para a configuração do delito, devendo ser levada em conta na medida da pena. Surge daí, como se percebe, evidente desconchavo em nosso direito, na comparação deste com o crime de homicídio, pois neste último a pluralidade de vítimas envolve sempre concurso de crimes (material ou formal). É, portanto, mais grave, nesta hipótese, o homicídio que o genocídio, solução

¹³ Veja-se a crítica de SAUER, *System des Strafrechts*, 1954, § 28, I.

¹⁴ A Lei n. 2.889 estabelece aumento de pena apenas quando o crime é praticado por governante ou funcionário público (art. 4º).

¹⁵ MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, § 48, II, A; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 220 a; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, cit. I, 647. Em sentido contrário, pronunciam-se FRANCISCO P. LAPLAZA, *El delito de genocidio e genticidio*, 1953, 77 e EDUARDO L. GREGORINI CLUSELLAS, *Genocidio, su prevención y represión*, 1961, 44.

despropositada em que não atentaram os que fizeram a Lei n. 2.889 e o eminente autor do anteprojeto de CP, que a reproduziu.

Ação incriminada. A conduta delituosa consiste em *matar* e em nada se distingue da que caracteriza o crime de homicídio.

Devem as vítimas pertencer a determinado grupo nacional, étnico, ou religioso, ou a determinada raça.

A referência a grupos *nacionais* é relativa aos casos de países em que há minorias pertencentes a nações diversas, como ocorre, por exemplo, com certos países africanos, formados com a aglutinação de tribos distintas. É também o caso dos boêmios na Checoslováquia, vítimas de atos de genocídio, praticados pelos nazistas, durante a Segunda Guerra Mundial.

Étnico é o que se refere ao povo, como grupo biológico e culturalmente homogêneo.

O conceito de raça tem sido submetido, nos últimos tempos, a certas dúvidas e excessos, precisamente em face do surgimento de posições políticas extremadas ante as diferenças raciais, o que tem levado a conclusões precipitadas quanto à falácia do conceito. Nesse sentido foi o primeiro projeto de declaração da UNESCO, de 1952. As propostas sobre os aspectos biológicos de raça, aprovadas pelo mesmo órgão em Moscou, no ano de 1964, estão, ao contrário, firmemente baseadas na realidade. O conceito de raça é puramente biológico. De acordo com o antropólogo francês HENRI VALLOIS, entende-se por *raça* um grupo natural de homens que apresentam um conjunto particular de características hereditárias.

Afirmam os especialistas que na espécie humana não existem raças puras, no sentido de populações geneticamente homogêneas. Não existe grupo nacional, religioso, geográfico, lingüístico ou cultural que constitua *ipso facto* uma raça.

As diferenças entre os indivíduos dentro de uma mesma raça ou população são freqüentemente maiores do que as diferenças médias entre raças e populações distintas¹⁶.

O conceito de raça é, no entanto, mais importante como fato social do que como conjunto de características biológicas de um povo. O que importa é considerar a raça como base do estabelecimento de categorias e discriminação, com a criação de estereótipos que conduzem ao ódio e à desigualdade social, e, pois, à violência. Os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial permanecerão para sempre como página negra na história da humanidade.

A ação no crime de genocídio pode também ser praticada quanto a grupos religiosos, quaisquer que sejam, independentemente da nacionalidade ou da raça das pessoas que o compõem.

Aspectos subjetivos do crime. O crime exige sempre o dolo. Não há genocídio culposo. Requer, não só a vontade conscientemente dirigida no sentido de matar, como também, e particularmente, o propósito de aniquilamento, no todo ou em parte, do grupo como tal. O que caracteriza o genocídio é exatamente esse aspecto subjetivo da ilicitude (dolo específico). Se a ação de matar não for praticada para destruir membros de determinado grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tais, o crime a identificar será apenas o de homicídio, simples ou qualificado, conforme o caso.

Pena. A pena cominada ao crime de genocídio é de reclusão de quinze a trinta anos. Embora seja o crime praticado no estrangeiro, aplica-se o fato a lei brasileira, se o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil. É este um dos casos de aplicação da lei brasileira extraterritorialmente, de forma incondicionada (art. 8º, I, *d* e § 1º CP). Em nenhum caso, será este crime considerado político, para efeito de extradição, devendo esta ser concedida, de acordo com a legislação e os tratados em vigor (art. VII da Convenção, art. 6º, Lei n. 2.889)¹⁷.

¹⁶ UNESCO — *Proposals on the biological aspects of race*, no volume *Race and Social Difference*, editado por PAUL BAXTER e BASIL SANSOM, Penguin Books, 1972, 68 ss.

¹⁷ A extradição é regulada pelo Decreto-lei n. 941, de 13.10.69. Sobre o famoso caso da extradição do nazista Stangl, autêntico *leading case* na matéria, cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n. 219; RTJ 43/168.

A *prescrição* do crime de genocídio suscitou, em datas recentes, largo debate, com a integração em várias legislações do prazo prescricional para os crimes praticados pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial¹⁸. Alguns países introduziram em suas leis penais dispositivos declarando a imprescritibilidade do genocídio¹⁹.

Em nosso direito, somente as penas acessórias são imprescritíveis (art. 116 CP). Não há, pois, como recusar a prescrição do crime de genocídio, que se opera em vinte anos (art. 111, I CP). E não nos parecem procedentes os argumentos apresentados em favor da imprescritibilidade, os quais não comoveram os que elaboraram e deram forma definitiva ao novo CP.

Casos assimilados. Cinco outras modalidades de genocídio são previstas pela lei, no § 1º do art. 131, das quais quatro estão previstas na Convenção (art. 2º) e constavam da Lei n. 2.889 (art. 1º). São os seguintes:

1. Infligir lesões graves a membros do grupo;
2. submeter o grupo a condições de existência, físicas e morais, capazes de ocasionar a eliminação de todos os seus membros ou parte deles;
3. forçar o grupo à sua dispersão;
4. impor medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
5. efetuar coativamente a transferência de crianças do grupo para outro grupo.

O que aqui também se considera é a existência ou integridade de grupo nacional, étnico, religioso ou racial, em seu aspecto físico e biológico.

A primeira hipótese de ação delituosa assimilada ao genocídio é a de causar *lesão corporal* grave a membros do grupo. Por *lesão corporal* grave entende-se

¹⁸ Cf. Sobre o assunto FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n. 219 e a bibliografia ali citada.

¹⁹ É o caso do CP alemão (§ 66), alterado por Lei de 1969, com efeito sobre os crimes praticados em data anterior e ainda não prescritos. Cf. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 66, I.

qualquer das ofensas à integridade corporal ou à saúde prevista nos parágrafos 1º e 2º do art. 132 CP.

A segunda espécie de ação delituosa incluída entre as que constituem os casos assimilados do genocídio, sofreu no CP vigente redação que se afasta da adotada pela Convenção e pela Lei n. 2.889, sem qualquer vantagem.

Ao passo que a convenção, de forma simples e direta, refere-se ao fato de “submeter o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física, total ou parcial”, o CP esclarece que as condições de existência intoleráveis podem ser “físicas ou morais”, substituindo por “eliminação” a “destruição física, total ou parcial”, bem mais exata.

O que com este dispositivo se pretende punir é o fato de submeter um grupo de pessoas, com o fim de destruí-lo, a condições de existência capazes de conduzir à sua destruição física, parcial ou total. O crime é permanente.

Trata-se de *tipo aberto*, que se configura com a efetiva submissão de uma coletividade de pessoas integrante de grupo, de qualquer forma ou através de qualquer meio, a condições capazes de causar a sua eliminação. Não se exige a superveniência desse resultado, bastando a criação de condições com potencialidade causal para produzir a morte de uma pluralidade de pessoas componentes do grupo. Dificilmente será possível admitir como meio idôneo para a prática do crime a mera criação de condições “morais” insatisfatórias de existência. Aqui não basta, para configurar o delito, que a ação seja praticada relativamente a uma só pessoa, pois a definição legal do delito refere-se a *grupo* como objeto material da ação.

A terceira modalidade do crime (forçar o grupo à sua dispersão) não consta nem da Lei n. 2.889 nem da Convenção, tendo sido introduzida pelo novo CP. Ela está prevista no art. 124 do CP iugoslavo, de 1951. O momento consumativo será o da efetiva dispersão, ou seja, desfazimento do grupo como tal.

A quarta e quinta modalidades de ação (impedir nascimentos e transferir crianças) são formas de eliminar fisicamente o grupo, impedindo que ele se desenvolva e se renove. A transferência criminosa é somente aquela que se efetua através de violência ou de ameaça, devendo constituir ação coletiva.

Em qualquer dos casos assimilados ao genocídio será indispensável o dolo, não havendo modalidade culposa. Em qualquer caso, deve a ação ser praticada com o fim de destruição total ou parcial do grupo.

(*) Publicado na **Revista de Direito Penal**, n.9/10, p.27 et seq., jan/jun 1973