



PERSEGUIÇÃO: O PRELÚDIO DA BARBÁRIE

Arthur Mendes Moraes

Essay Competition ELSA Coimbra e ELSA
NOVA School of Law



1. Introdução

Dentre os crimes contra a humanidade hoje tipificados no catálogo plasmado no artigo 7, nº1 do Estatuto de Roma do Tribunal Internacional Penal¹, o crime de perseguição é possivelmente o de mais complexa definição. O trabalho de estabelecer e destrinçar os conteúdos que perfazem o seu *actus reus* e *mens rea* é largamente tributário da jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal Internacional para a Ex-Jugoslávia² e dos esforços codificadores do Estatuto de Roma³.

Apesar de ainda não haver uma definição unívoca e completa do crime de perseguição⁴, a sua sucessiva aplicação pelas cortes internacionais desde o fim da Segunda Guerra permite compreender qual é o papel que pode desempenhar no âmbito do ordenamento jurídico penal internacional e o potencial que carrega na prevenção de futuras catástrofes humanitárias.

O presente artigo se deterá, em primeiro lugar, sobre a atual definição do crime de perseguição e dos desafios em defini-lo, de forma a posteriormente analisar o seu potencial como mecanismo de atuação célere do Direito Internacional Penal face aos mais gravosos ataques aos bens jurídicos que se propõe tutelar e os obstáculos a esta resposta em tempo útil.

2. A atual definição do crime de perseguição

Os atuais marcos regulatórios que devemos ter por base para acudir a uma definição do crime de perseguição são o Estatuto de Roma e seu documento complementar denominado Elements of Crimes⁵, que recolheram os avanços na categorização do crime desde a sua primeira aparição sob a égide de crimes contra a humanidade no artigo 6 do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga até as experiências práticas levadas a cabo pelos tribunais *ad hoc* de Ruanda e da ex-Jugoslávia. As devidas contribuições destes tribunais serão oportunamente contempladas à medida que manifestamente se façam sentir nas disposições dos documentos citados.

¹ Daqui em diante, referido apenas como Estatuto de Roma.

² Daqui em Diante, referido apenas como TIPY.

³ Cfr. Philip de Man, “*The Crime of Persecution in the Case-Law of the International Criminal Court for the Former Yugoslavia*”, página 12, §11.

⁴ Ver Kupreškić *et al. Trial Judgement*, §567, e Jessie Chella, “*Persecution: a crime Against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*”, página 209.

⁵ Na carência de tradução oficial em português, a versão aqui utilizada será em inglês.

Atendendo, portanto, à figura central do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico-penal internacional, ao partir do seu artigo 7 n°1, al. H), chega-se à seguinte noção do crime de perseguição:

*“Perseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, tal como definido no n° 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional, relacionados com qualquer acto referido neste número ou com qualquer crime da competência do Tribunal;”*⁶

Ao completar esta definição com o disposto no Elements of Crimes, fica claro que para perfazer o tipo de perseguição, o agente ou omissor deverá ter privado, contrariamente ao direito internacional, uma ou mais pessoas de direitos fundamentais, em razão do pertencimento ao grupo, como parte de um ataque sistemático ou generalizado sobre tal grupo, do qual tinha conhecimento. Com estes pontos, é possível passar a analisar em que condições será possível dizer que se está diante desta categoria de crime.

2.1. Mens Rea

Em primeiro lugar, importa destacar que ao elemento volitivo do crime de perseguição acrescem duas exigências relativamente à regra-geral do *mens rea* aplicado ao resto dos crimes constantes do Estatuto de Roma e descrito pormenorizadamente neste diploma em seu art. 30°. São estes elementos adicionais (1) a intenção de discriminar um ou mais sujeitos por pertencerem a determinado grupo e (2) a ciência de que o comportamento que perfaz o crime foi cometido como parte de um ataque sistemático ou generalizado contra uma população civil ou tinha a intenção de fazer parte do mesmo⁷.

Este *mens rea* especial do crime de perseguição contemplado no Estatuto de Roma e no Elements of Crimes espelha diretamente as conclusões de diversos casos inseridos no âmbito do Tribunal para a Ex-Jugoslávia⁸. A sua intencionalidade discriminatória o distingue do resto dos crimes contra a humanidade⁹, sem prejuízo de poder ser encarado, como sustenta o TIPY no caso Kupreškić¹⁰, como fazendo parte do

⁶ Transcrição *ipsis verbis* do art. 7 n°1, al. H) do Estatuto de Roma.

⁷ Cfr. Jessie Chella, “Persecution: a crime Against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, página 196.

⁸ Ver Kupreškić *et al.* Trial Judgement, §607; Blaškić Trial Judgement, §235; Kordić and Čerkez Trial Judgement, §211-217; Simić *et al.* Trial Judgement, §51; Tadić Trial Judgement, §652.

⁹ Cfr. Philip de Man, “The Crime of Persecution in the Case-Law of the International Criminal Court for the Former Yugoslavia”, página 33, §55.

¹⁰ Ver Kupreškić *et al.* Trial Judgement, §636.

mesmo *genus* do crime de genocídio. Em ambos os casos, a intencionalidade específica é a de discriminação. Entretanto, esta pode se manifestar, no crime de perseguição, de várias formas e perfazer uma pluralidade de atos, ao passo que no crime de genocídio o elemento volitivo deve constituir a intenção de destruir, total ou parcialmente, o grupo do qual fazem parte as vítimas. Nesta senda, sustenta a corte, do ponto de vista do *mens rea*, o genocídio é uma forma mais extrema e desumana de perseguição.

2.2. Actus Reus

Em seguida, para compreender a atual definição do crime sob análise, é necessário tecer algumas breves considerações sobre o seu *actus reus*. Para tal, afigura-se oportuno recorrer mais uma vez ao texto do Estatuto de Roma, desta vez a seu art. 7, nº2, al. G), na qual se estatui que para efeitos do nº1 do mesmo artigo:

“Por perseguição entende-se a 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”¹¹;

Segundo o Estatuto de Roma, portanto, a conduta que perfaz o crime corresponde a uma privação intencional e grave de direitos fundamentais. Entretanto, este documento, assim como o seu documento complementar, Elements of Crimes, não faz menção ao que se deve entender por direitos fundamentais, de maneira que será necessário acudir à jurisprudência e à doutrina de forma a poder fazê-lo.

Por mais que as opiniões divirjam acerca do escopo de direitos cuja infração pode constituir o crime de perseguição, é possível encontrar na experiência do TIPY uma direção coerente com os objetivos da tipificação deste crime. Tendo em conta que, como sustenta o TIPY no caso Kuprešić¹², identificar *especificamente* quais direitos são direitos fundamentais para efeitos do crime de perseguição implicaria necessariamente a exclusão de outros (*expressio unius est exclusio alterius*), deve-se buscar uma ideia *aproximada* para tais efeitos.

¹¹ Transcrição *ipsis verbis* do art. 7, nº2, al. G) do Estatuto de Roma.

¹² Ver *Kuprešić et al. Trial Judgement*, §623.

Nesta senda, é possível aproximar-se dos tipos de direitos em causa a partir da ideia expressa pelo TIPY no caso Tadić¹³, no qual se afirma que o crime de perseguição não requer um elemento físico, sendo que a ordem dos direitos infringidos pode ser também de natureza política, jurídica e económica, mesmo que tais infrações pareçam *menos sérias*¹⁴.

De maneira a ilustrar de que ordem de violações se está diante ao assumir esta posição, é justamente a partir desta noção que a Prof. María Torres Pérez aponta o crime de perseguição como um dos instrumentos jurídicos à disposição do Direito Internacional Penal para punir a destruição do patrimônio cultural¹⁵.

Em seguida, a jurisprudência do TIPY segue a mesma linha nos casos Stakić¹⁶ e Blaškić, pelo que devemos interpretar a noção de direito fundamental para efeitos do crime de perseguição de maneira ampla¹⁷, de forma a que se coadune com as exigências de justiça, como alerta o próprio TIPY¹⁸.

Dentre os muitos pontos passíveis de discussão no âmbito do *actus reus* do crime de perseguição, importa para os objetivos do presente artigo, deter-se sobre um último: a exigência, que impende sobre todos os crimes contra a humanidade, de que a conduta criminosa seja praticada no quadro de um ataque generalizado e sistemático¹⁹.

De maneira sucinta, é possível afirmar que o ataque a que se refere o Estatuto de Roma não se trata, necessariamente, de um ataque militar, como esclarece o terceiro parágrafo da Introdução ao Elements of Crimes. Assim, a noção de ataque que se exige para os crimes contra a humanidade difere daquele exigida para os crimes de guerra²⁰.

A mesma exigência pode ser encontrada na jurisprudência do TIPY, ao afirmar-se, no caso Stakić, que o ataque pode ser algo que “precede, perdura durante ou após um conflito armado, mas não carece de fazer parte do mesmo”²¹. Esta ideia, principalmente a de que o ataque que deve ter por base a comissão de um crime contra a humanidade pode *preceder* a um conflito armado, é central para a compreensão do

¹³ Ver Tadić, *Trial Judgement*, §710.

¹⁴ Tradução livre do ponto sustentado em Blaskić, *Trial Judgement*, §233.

¹⁵ Ver María Torres Pérez, “*La protección en la jurisdicción penal internacional del derecho a la cultura: los crímenes internacionales de destrucción del patrimonio cultural*”, página 3.

¹⁶ Ver Stakić, *Trial Judgement*, §773.

¹⁷ Cfr. Philip de Man, “*The Crime of Persecution in the Case-Law of the International Criminal Court for the Former Yugoslavia*”, página 22, §29.

¹⁸ Ver Kuprešić, *Trial Judgement*, §623.

¹⁹ Cfr. o art. 7º, nº1 do Estatuto de Roma.

²⁰ Cfr. Jessie Chella, “*Persecution: a crime Against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*”, páginas 178 e 179.

²¹ Tradução livre de trecho do caso Stakić, *Trial Judgement*, §623.

crime de perseguição como um mecanismo de prevenção da escalada de graves violações do direito humanitário, que será oportunamente desenvolvida *infra*.

3. O Crime de Perseguição e o Potencial de Prevenção da Escalada do Conflito

Como foi possível constatar pelas considerações tecidas acerca da atual definição do crime de perseguição, é certo que a comissão deste crime pode abarcar situações muito diversificadas. A abrangência do seu *actus reus* e do seu *mens rea* fazem deste crime um instrumento capaz de alcançar condutas lesivas de direitos fundamentais que outros crimes contra a humanidade são incapazes de coibir.

Ao partir da noção recolhida na jurisprudência do TIPY no caso Stakić²² de que a configuração de um ataque sistemático e generalizado pode preceder a um conflito armado²³, conjugando-a ao facto destacado pela Prof. María Pérez de que “os crimes de perseguição são os primeiros a aparecer, antes que se produzam as matanças ou violações em massa”²⁴, é possível a chegar à compreensão de que o crime de perseguição comporta um inegável potencial de prevenção da comissão de outros tantos crimes contra a humanidade. Trata-se da possibilidade de evitar o estabelecimento de uma situação em que as mais graves violações de direito humanitário passam a ser prática reiterada.

Entretanto, o documento Elements of Crimes, ao deter-se sobre o conteúdo do crime de perseguição, acaba por estabelecer uma restrição que obsta a que este crime alcance o potencial mencionado. Isto porque contém como requisito a comissão de outro tipo de crime contra a humanidade ou outro crime sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional²⁵ para além da perseguição²⁶, de modo a impedir que o crime de perseguição possa constituir a única infração pela qual um indivíduo é indiciado.

A Prof. María Torres Pérez explica que o sentido desta restrição decorre do entendimento que perseguir os crimes contra a humanidade de perseguição não acompanhados de outros crimes tipificados no Estatuto de Roma seria de menor importância face a outras violações consideradas mais graves no âmbito do Direito Internacional Penal. A Professora considera, nesta medida, à semelhança do autor do presente artigo, a restrição como injusta.

²² Ver Stakić, *Trial Judgement*, §773.

²³ Cfr. o art. 7, nº1 do Estatuto de Roma, uma condição necessária à comissão de crimes contra a humanidade.

²⁴ Tradução livre de trecho de María Torres Pérez, “*La protección en la jurisdicción penal internacional del derecho a la cultura: los crímenes internacionales de destrucción del patrimonio cultural*”, página 12.

²⁵ Daqui em diante, referido como TPI.

²⁶ Cfr. o elemento 4º do artigo dedicado ao crime de perseguição no Elements of Crimes.

Embora de facto algumas situações passíveis de serem enquadradas sob a égide do crime de perseguição sejam possivelmente menos gravosas frente a outros tipos de crimes contra a humanidade, a exemplo do extermínio ou da tortura, é justamente por essas situações precederem a barbárie que se manifesta nestas outras que a restrição contida no Elements of Crimes configura um empecilho à justiça prosseguida pelo TPI.

Sem prejuízo do exposto acima, afigura-se indispensável avançar na definição do crime, de modo que essas situações menos gravosas cumpram, como advertiu o TIPY no caso Kupreškić²⁷, com os princípios de legalidade e especificidade que, entre outros, regem o Direito Internacional Penal.

4. Conclusão

Em síntese, o crime de perseguição passou por um longo processo de desenvolvimento, desde a sua primeira aparição no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga²⁸, até alcançar a definição que hoje se encontra plasmada no Estatuto de Roma e no Elements of Crimes. As largas contribuições da jurisprudência desenvolvida pelo TIPY e a codificação levada a cabo pelos envolvidos na elaboração do Estatuto de Roma e do Elements of Crimes permitiram que se chegasse a uma definição do crime que se pode julgar acorde com as exigências de legalidade que sempre lhe constituíram um desafio²⁹.

A partir desta definição, é possível enxergar no crime de perseguição um distinto potencial de punir condutas que precedem a comissão de outros crimes bárbaros, embora o requisito contido no Elements of Crimes³⁰ impeça a concretização deste potencial. Dado os avanços pelos quais esta categoria de crime passou nas últimas décadas, talvez os próximos passos em sua ainda incompleta definição possam mostrar o caminho para que o crime de perseguição atue como instrumento de prevenção das mais graves violações de direito humanitário, auxiliando o TPI na sua missão de garante da legalidade penal internacional³¹.

²⁷ Cfr. Jessie Chella, “*Persecution: a crime Against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*”, página 216 e Kupreškić, *Trial Judgement*, §609.

²⁸ Cfr. Philip de Man, “*The Crime of Persecution in the Case-Law of the International Criminal Court for the Former Yugoslavia*”, página 4, §2.

²⁹ Ver Kupreškić, *Trial Judgement*, §589 e §609.

³⁰ Mais especificamente, o elemento 4 do artigo dedicado ao crime de perseguição.

³¹ Ver María Torres Pérez, “*La protección en la jurisdicción penal internacional del derecho a la cultura: los crímenes internacionales de destrucción del patrimonio cultural*”, página 12.

Bibliografia, Legislação e Sentenças

Bibliografia:

Philip de Man, “*The Crime of Persecution in the Case-Law of the International Criminal Court for the Former Yugoslavia*”

María Torres Pérez, “*La protección en la jurisdicción penal internacional del derecho a la cultura: los crímenes internacionales de destrucción del patrimonio cultural*”

Jessie Chella, “*Persecution: a crime Against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*”

Geoffrey Robertson, “*Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*”

Legislação:

Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga

Estatuto do Tribunal Internacional Penal (Estatuto de Roma)

Estatuto do Tribunal Internacional da Ex-Jugoslávia

Elements of Crimes, reproduzido a partir dos Documentos Oficiais de Revisão do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional de 2010

Sentenças:

Kupreškić et al. Trial Judgement (IT-95-16)

Blaškić Trial Judgement (IT-95-14)

Kordić and Čerkez Trial Judgement (IT-95-14/2)

Simić et al. Trial Judgement (IT-95-9)

Tadić Trial Judgement (IT-94-1)

Stakić, Trial Judgement (IT-97-24)