

REVISTA PORTUGUESA
DE
CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 23 • N.º 3 • julho-setembro 2013 • DIRETOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

SEPARATA

GENOCÍDIO E CUMPLICIDADE

PEDRO CAEIRO / MIGUEL ÂNGELO LEMOS



AS VNO AD OMNES

Coimbra Editora

I.D.P.E.E.

GENOCÍDIO E CUMPLICIDADE

Pedro Caeiro

Investigador do Instituto Jurídico da FDUC

Miguel Ângelo Lemos

Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Anotação ao Acórdão do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda de 22 de Junho de 2009, referente ao caso *Prosecutor v. Kalimanzira*

Processo n.º: ICTR-05-88-T, T. Ch. III

RESUMO: *No âmbito dos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para o Ruanda e para a Ex-Jugoslávia, a relação entre a Cumplicidade em Actos de Genocídio e o auxílio e encorajamento como formas de cumplicidade no Genocídio tem sido objecto de intenso debate.*

Os autores da anotação sustentam que a jurisprudência e a doutrina não sublinham de forma suficiente que, mais do que “conciliar” as normas (jurisdicionais) dos Estatutos com a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, os tribunais têm que determinar o direito substantivo vigente no momento da prática dos factos.

Nesse contexto, a avaliação da relação entre a Cumplicidade em Actos de Genocídio e as formas de imputação do facto criminoso deve seguir uma abordagem interessada na praxis, questionando o sentido, a utilidade e as consequências de, relativamente aos mesmos factos, se promover uma acusação por Cumplicidade em Actos de Genocídio “em alternativa ao Genocídio”.

PALAVRAS-CHAVE: *Tribunais penais internacionais; direito internacional penal; Ruanda; genocídio; comparticipação; cumplicidade; jurisdição.*

Acórdão do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda de 22 de Junho de 2009, referente ao caso *Prosecutor v. Kalimanzira* (*)

9. Having deliberated on the totality of evidence, the Chamber has convicted Kalimanzira under Count 1 (Genocide) and Count 3 (Direct and Public Incitement to Commit Genocide) of the Indictment. The Chamber has dismissed Count 2 (Complicity in Genocide), which was pleaded in the alternative to Count 1. The Chamber has sentenced him to a term of thirty (30) years' imprisonment, with credit for time served.

158. To find an accused guilty of the crime of genocide, it must be established that he committed any of the enumerated acts in Article 2 (2) with the specific intent to destroy, in whole or in part, a group, as such, that is defined by one of the protected categories of nationality, race, ethnicity, or religion ("genocidal intent"). Although there is no numeric threshold, the perpetrator must act with the intent to destroy at least a substantial part of the group. The perpetrator need not be solely motivated by a criminal intent to commit genocide, nor does the existence of personal motive preclude him from having the specific intent to commit genocide.

160. In relation to Count 1, the Indictment recites all of the modes of participation prescribed at Article 6 (1) of the Statute, namely that Kalimanzira "planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or commission of the crimes." In addition, the Indictment alleges that Kalimanzira used his position of authority to incite and order persons under his authority to commit genocide.

161. "Committing" implies, primarily, physically perpetrating a crime. "Planning" implies designing the preparation and execution of a crime. "Instigating" implies prompting or provoking another to commit a crime. With respect to ordering, a person in a position of authority

(*) Apresentam-se os trechos da decisão relevantes para a questão que é objecto da anotação (sem indicação das partes suprimidas). O texto integral do acórdão encontra-se disponível em: <http://unictr.org/Portals/0/Case/English/Kalimanzira/judgement/090622-judgement.pdf>

may incur responsibility for ordering another person to commit an offence, if the person who received the order actually proceeds to commit the offence subsequently. "Aiding and abetting" implies assisting, furthering or lending moral support to the perpetration of a crime. Thus, even if Kalimanzira has not "committed" genocide himself, his responsibility may be established under any one of the modes of liability provided for in Article 6 (1). The *mens rea* varies accordingly. Where an accused is charged with having planned, instigated, ordered or aided and abetted the commission of genocide pursuant to Article 6 (1), the Prosecution must establish that the accused's acts or omissions substantially contributed to the commission of acts of genocide. In addition, for liability of aiding and abetting to attach, the individual charged need only possess knowledge of the principal perpetrator's specific genocidal intent, whereas for planning, instigating and ordering, he must share that intent.

504. Under Count 2 of the Indictment, the Prosecution charges Kalimanzira with Complicity in Genocide pursuant to Article 2 (3) (e) of the Statute, and with individual criminal responsibility under Article 6 (1). Count 2 is pleaded in the alternative to Count 1, which requires the Chamber to dismiss the count of Complicity in Genocide in the event of a finding on the count of Genocide.

505. The Chamber has found Kalimanzira guilty under the Count 1. Count 2 is therefore dismissed.

509. Direct and Public Incitement to Commit Genocide is a crime provided for at Article 2 (3)(c) of the Statute, as a result of the incorporation of Article III of the Genocide Convention within the Statute's definition of genocide. Article 2 (3) of the Statute, identical to Article III of the Genocide Convention, lists five punishable acts, including Genocide itself, and Direct and Public Incitement to Commit Genocide. The Statute and the Genocide Convention define the crime of genocide as any series of acts, including killing and causing serious bodily or mental harm, that are committed with the intent to destroy in whole or in part a national, ethnic, racial or religious group ("genocidal intent"). The

crime of Direct and Public Incitement to Commit Genocide, however, is not defined any further in either the Genocide Convention or the Statute.

510. In specifying a distinct act of 'Direct and Public Incitement to Commit Genocide', the drafters of the Genocide Convention sought to create an inchoate crime, in that it is not necessary to prove that the incitement was successful in achieving a genocidal result. It is sufficient to establish that an accused directly and publicly incited the commission of genocide (*actus reus*), and that he or she had the intent to directly and publicly incite others to commit genocide (*mens rea*); such intent in itself presupposes a genocidal intent. The inchoate nature of the crime allows intervention at an earlier stage, with the goal of preventing the occurrence of genocidal acts.

511. The distinction between committing direct and public incitement and committing genocide by means of instigation often seems blurred. The term 'incitement' is synonymous with 'instigation', 'provocation', and 'encouragement', all of which are used interchangeably when describing the conduct underlying certain modes by which genocide may be committed. However, the differences are important and must be respected.

512. Instigation under Article 6 (1) is a mode of liability; an accused will incur criminal responsibility only if the instigation in fact substantially contributed to the commission of one of the crimes under Articles 2 to 4 of the Statute. By contrast, direct and public incitement is itself a crime, requiring no demonstration that it in fact contributed in any way to the commission of acts of genocide.

513. The most important difference lies in the requirement that the crime of incitement be 'direct' and 'public', which serves to limit the scope of its inchoate nature. In other words, incitement which is not followed by the commission by others of genocidal acts must be direct and public for it to be criminal. By contrast, committing genocide by means of instigation need not be direct or public for it to be criminal.

516. The law on incitement may therefore be summarized as follows:

- Incitement resulting in the commission of a genocidal act is punishable under the combination of Articles 2 (3)(a) and 6 (1) of the Statute as Genocide by way of Instigation;
- Incitement resulting in the commission of a genocidal act and which may be described as 'direct' and 'public' is punishable under either Article 2 (3)(c) of the Statute as Direct and Public Incitement to Commit Genocide, or under the combination of Articles 2 (3) (a) and 6 (1) of the Statute as Genocide by way of Instigation;
- Incitement not resulting in the commission of a genocidal act but which may be described as 'direct' and 'public' is only punishable under Article 2 (3)(c) of the Statute; and,
- Incitement not resulting in the commission of a genocidal act, and which may not be described as 'direct' and 'public', is not punishable under the Statute.

Anotação (*)

1. Kalimanzira foi acusado do crime de *Genocídio*, previsto no artigo 2(3)(a) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (ETPIR), em razão de alegadamente ter cometido homicídios e ofensas graves à integridade física ou moral de membros da população Tutsi, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo étnico ou racial enquanto tal (ponto 1 da Acusação). A acusação imputava-lhe também, em alternativa, a *Cumplicidade em Actos de Genocídio (Complicity in Genocide)*, nos termos do artigo 2(3)(e) ETPIR, em virtude de alegadamente ter sido

(*) Esta anotação é uma tradução, com ligeiras adaptações, do original inglês publicado na obra André Klip / Göran Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. vol. 36, The International Criminal Tribunal for Rwanda 2009*, Intersentia: 2013, p. 496-508.

A citação frequente dos vários volumes desta colecção, onde se encontram compiladas as decisões mais importantes dos tribunais penais internacionais, aconselha a que utilizemos uma fórmula abreviada. Assim, a título de exemplo, a referência a esta obra seria Klip / Sluiter (eds.), *ALC-XXXVI-496 ss.*

cúmplice no homicídio e ofensas graves à integridade física ou moral de membros da população Tutsi, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo étnico ou racial enquanto tal (ponto 2 da Acusação).

Foi acusado ainda por *Incitamento Directo e Público ao Genocídio*, um crime previsto no artigo 2(3)(c) ETPIR, em razão de ser alegadamente responsável por directa e publicamente incitar pessoas, incluindo funcionários do governo local, polícias comunais, *Interahamwe*, gendarmes, soldados e civis, a participar no homicídio e ofensas graves à integridade física ou moral de membros da população Tutsi, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo étnico ou racial enquanto tal (ponto 3 da Acusação).

O tribunal condenou Kalimanzira por ter auxiliado e encorajado o crime de genocídio na inauguração de Élie Ndayambaje e na colina de Kabuye, e por ter auxiliado, encorajado e instigado o crime de genocídio praticado num bloqueio de estrada em Butare-Gisagara (ponto 1 da Acusação).

O tribunal também condenou Kalimanzira por ser o autor (*principal perpetrator*) do crime de *Incitamento Directo e Público ao Genocídio* em quatro instâncias: num bloqueio na estrada de Jaguar, num bloqueio na estrada de Kajyanama, no campo de futebol Nyabisagara e no mercado de Gisagara (ponto 3 da Acusação).

O ponto 2 da Acusação, avançado em alternativa ao ponto 1, foi rejeitado.

O procurador tinha apresentado cada ponto da Acusação como um crime diferente e separado. Por sua vez, o tribunal, apesar de não o afirmar explicitamente em relação à *Cumplicidade em Actos de Genocídio*⁽¹⁾, ponderou que

“O *Incitamento Directo e Público ao Genocídio* é um crime previsto no artigo 2(3)(c) do Estatuto, em resultado da incorporação

⁽¹⁾ ICTR, Judgment, *Prosecutor v. Kalimanzira*, Case No. ICTR-05-88-T, T. Ch. III, 22 June 2009, disponível em Klip / Sluiter (eds.), *ALC-XXXVI-359*, § 504: “o ponto 2 é alegado em alternativa ao ponto 1, o que requer que o Tribunal desconsidere a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* caso chegue à conclusão de que se trata de *Genocídio*” (itálicos nossos).

do artigo III da *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* na definição de genocídio do Estatuto. O artigo 2(3) do Estatuto, idêntico ao artigo III da *Convenção* (...), enumera cinco factos puníveis, incluindo o próprio *Genocídio* e o *Incitamento Directo e Público ao Genocídio*. O Estatuto e a *Convenção* definem o crime de *Genocídio* como qualquer conjunto de actos, incluindo o homicídio e as ofensas graves à integridade física ou moral, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso (‘intenção genocida’). No entanto, o crime de *Incitamento Directo e Público ao Genocídio não está definido* na *Convenção* nem no Estatuto”⁽²⁾.

Assim, na perspectiva do tribunal e do procurador, o *Genocídio* e o *Incitamento Directo e Público ao Genocídio* são dois crimes diferentes, aos quais o Ministério Público adicionou, como infracção autónoma, a *Cumplicidade em Actos de Genocídio*.

2. A acusação considerou Kalimanzira “individualmente responsável, nos termos do artigo 6(1) do Estatuto, pelo crime de *Incitamento Directo e Público ao Genocídio*, pois planeou, instigou, ordenou a comissão ou, por qualquer outra forma, ajudou e encorajou o planeamento, preparação ou execução de crimes”⁽³⁾.

Na opinião do procurador, as formas de imputação (*heads of liability*) previstas no artigo 6(1) ETPIR aplicam-se ao crime de *Incitamento Directo e Público ao Genocídio*, raciocínio que provavelmente se estende à *Cumplicidade em Actos de Genocídio* e a outros crimes enumerados no artigo 2(3) ETPIR. Já o tribunal considerou que

“O incitamento que resulte na prática de um acto genocida é punível através da combinação dos artigos 2(3)(a) e 6(1) do Esta-

⁽²⁾ *Ibidem*, § 509 (itálicos nossos).

⁽³⁾ ICTR, Indictment, *Prosecutor v. Kalimanzira*, Case No. ICTR-05-88-T, 21 July 2005, § 18.

tuto como Genocídio por meio de instigação [...]. O incitamento que resulte na prática de um acto genocida e que possa ser descrito como ‘directo’ e ‘público’ é punível nos termos do artigo 2(3)(c) do Estatuto como Incitamento Directo e Público ao Genocídio, ou através da combinação dos artigos 2(3)(a) e 6(1) do Estatuto como Genocídio por meio de instigação; [...] O incitamento que não resulte na prática de um acto genocida, mas que possa ser descrito como ‘directo’ e ‘público’ só é punível nos termos do artigo 2(3)(c) do Estatuto, e [...] o incitamento que não resulte na prática de um acto genocida, e que não possa ser descrito como ‘directo’ e ‘público’, não é punível nos termos do Estatuto” (4).

O tribunal só refere as formas de imputação do artigo 6(1) ETPIR ao crime de *Genocídio*, e já não ao crime de *Incitamento Directo e Público ao Genocídio*.

Assim, enquanto o procurador liga as formas de imputação a todos os crimes enumerados no artigo 2(3) ETPIR, o tribunal parece excluir aqueles que não são “definidos de forma adicional no Estatuto” (5). Isto significaria que as formas de imputação do artigo 6(1) ETPIR devem ser vistas em conjunto com o crime de *Genocídio*, mas não com as outras infracções relacionadas com o genocídio descritas no artigo 2(3) ETPIR.

3. O procurador argumentou, em todos os três pontos da acusação, que Kalimanzira tinha a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo étnico ou racial enquanto tal. O tribunal começou a sua análise afirmando que “para um acusado ser culpado do crime de Genocídio deve provar-se que ele cometeu qualquer dos actos enumerados no art. 2(2) com a intenção específica de destruir, no todo ou em parte, um grupo enquanto tal, o qual é definido por uma das categorias protegidas da nacionalidade, raça, etnia ou religião (‘intenção genocida’)” (6).

(4) *Ibidem*, § 516.

(5) *Ibidem*, § 509-516.

(6) *Ibidem*, § 158.

No entanto, concluiu que “para existir responsabilidade por ajuda e encorajamento, o acusado tem apenas que possuir conhecimento da intenção genocida específica do autor principal, mas para ser responsável pelo planeamento, a instigação e a ordem, ele tem que partilhar essa intenção” (7).

Se a redacção da acusação pode ser interpretada no sentido de exigir uma intenção específica tanto para o *Genocídio* como para a *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, incluindo a prática de tais crimes através de auxílio e encorajamento, o tribunal considerou que a intenção genocida não tem que ser provada para ter lugar uma condenação por *Cumplicidade em Actos de Genocídio*.

4. A relação entre a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* (artigo 2(3)(e) ETPIR), e o auxílio e encorajamento como formas de cumplicidade no *Genocídio* (artigo 6(1) e artigo 2(3)(a) ETPIR) tem sido objecto de intenso debate (8). As principais questões que se levantam são as seguintes:

- (i) se as duas proibições compreendem, de forma redundante, o mesmo âmbito;
- (ii) na eventualidade de não ser esse o caso, se a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* (artigo 2(3)(e) ETPIR) deve ser tratada como uma infracção autónoma, relativamente à qual se aplicam as formas de imputação previstas no artigo 6(1) ETPIR, incluindo a ajuda e encorajamento, ou se deve ser tratada como uma forma adicional de imputação *Genocídio*;

(7) *Ibidem*, § 161.

(8) Acerca do “debate sobre a sobreposição”, cf. ELIES VAN SLIEDREGT, “Complicity in Genocide”, in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention, A Commentary*, O.U.P., 2009, p. 167 e 176; e GRANT DAWSON / RACHEL BOYNTON, “Reconciling Complicity in Genocide and Aiding and Abetting Genocide in the Jurisprudence of the United Nations Ad Hoc Tribunals”, *Harvard Human Rights Journal* 21 (2008), p. 241.

- (iii) independentemente da resposta às questões anteriores, se a cumplicidade em actos de *Genocídio* e/ou a instigação, auxílio e encorajamento do *Genocídio* exigem uma específica intenção genocida.

A discussão complica-se porque a construção da cumplicidade e do auxílio e encorajamento no direito internacional penal é inevitavelmente influenciada pelo direito interno, de onde elas provêm, e essas noções não têm o mesmo conteúdo nos diversos sistemas jurídicos, mesmo quando se expressam através das mesmas palavras⁽⁹⁾.

No direito anglo-americano, normalmente considerado como sendo aquele sobre que se baseia a *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* (1948)⁽¹⁰⁾, a cumplicidade traduz-se, de forma ampla, na situação em que “duas ou mais pessoas têm algum papel na prática de um crime”⁽¹¹⁾, incluindo-se aqui os autores (*principal perpetrators*). Em consequência, a palavra cúmplice pode ser atribuída a todos quantos participem numa infracção (aqueles “que estão implicados no crime”)⁽¹²⁾. No entanto, o cúmplice é mais frequentemente visto como um participante (*accessory*) na infracção, *sc.*, alguém que não pode ser caracterizado como um autor (*perpetrator*) ou co-autor (*co-perpetrator*)⁽¹³⁾. Os participantes compreendem aqueles que auxi-

⁽⁹⁾ Para uma análise comparativa sobre o assunto (da perspectiva do direito penal europeu), envolvendo o direito neerlandês, inglês e alemão, cf. JOHANNES KEILER, “Towards a European concept of participation in crime”, in André Klip (ed.), *Substantive Criminal Law for the European Union*, Maklu, Antwerp 2011, p. 173.

⁽¹⁰⁾ ELIES VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 176.

⁽¹¹⁾ ANDREW ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 5th ed., O.U.P., Oxford 2006, p. 410. Neste sentido amplo, “cumplicidade” significa o que noutros sistemas se designa por *Beteiligung* ou *participação*.

⁽¹²⁾ CHILE EBOE-OSUJI, “Complicity in Genocide versus Aiding and Abetting Genocide”, *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), p. 75.

⁽¹³⁾ Vd. ANDREW ASHWORTH, *supra* nota 11, p. 411; MARKUS D. DUBBER, “Criminalizing Complicity. A Comparative Analysis”, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p. 978 (referindo-se ao direito americano). Esta diferenciação mostra que o direito anglo-americano não segue um modelo “unitário” de participação (KAI AMBOS, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una*

liam ou encorajam a conduta criminosa, mas também aqueles que instigam à prática de um crime (aconselhamento e angariação), contanto que não dêem causa eles próprios ao *actus reus*⁽¹⁴⁾. Por conseguinte, a dualidade entre autor e participante não significa, necessariamente, que a responsabilidade do primeiro seja mais grave do que a do segundo⁽¹⁵⁾: a dualidade “refere-se a uma distinção técnica e não a uma distinção normativa”⁽¹⁶⁾.

Outros sistemas usam a expressão cumplicidade (*medeplichtigheid*, *Beihilfe*, *complicidad*)⁽¹⁷⁾ num sentido mais restrito, o qual compreende somente a assistência moral ou material à prática de um crime, e que é geralmente traduzida para inglês como auxílio e encorajamento (*aiding*

Elaboración Dogmática (trad. Ezequiel Malarino), Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2005, p. 170, nota 2, *in fine*). O facto de todos os actores poderem ser punidos com as penas aplicáveis ao autor é irrelevante para este efeito. Veja-se também, no contexto internacional, ICTR, Judgment, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998, Klip / Sluiter (eds.), *ALC-II-502*, número de margem 527: “uma vez que o cúmplice de um crime pode ser definido como alguém que se associa a um crime cometido por um outro, a cumplicidade implica necessariamente a existência de uma infracção principal”.

⁽¹⁴⁾ Vd. ANDREW ASHWORTH, *supra* nota 11, p. 411, 413 e 420; o mesmo se aplica ao direito francês: vd. os arts. 121-6 e 121-7 do Código Penal francês. Sobre a evolução da distinção entre autores e participantes no direito americano — desde as definições “físicas” do direito comum (onde os autores, ao contrário dos participantes, tinham que estar presentes na cena do crime) até ao registo mais normativo do *Model Penal Code* (onde o autor é “aquele que comete um crime ‘pela sua própria conduta’”, enquanto a responsabilidade do cúmplice “deriva ‘da conduta de uma outra pessoa pela qual ele é legalmente responsável’”) — vd. MARKUS D. DUBBER, *supra* nota 13, p. 981 e 985.

⁽¹⁵⁾ ANDREW ASHWORTH, *supra* nota 11, p. 413.

⁽¹⁶⁾ ELIES VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 177.

⁽¹⁷⁾ Cf. o art. 48 do Código Penal neerlandês; o § 27 do Código Penal alemão; o art. 29 do Código Penal espanhol; e o art. 27.º do Código Penal português. Isto não significa que estes sistemas partilhem exactamente as mesmas características: por exemplo, o art. 28(b) do Código Penal espanhol considera como autores aqueles que “cooperarem na execução do crime através de um acto sem o qual ele não poderia ter ocorrido” — a chamada cumplicidade necessária ou primária (*complicidad necesaria o primaria*), que faz lembrar os “autores secundários” (*secondary principals*) do direito anglo-americano.

and abetting). Nestes sistemas, o conteúdo da cumplicidade ou é igual a acessoriedade / participação (*Teilnahme, participación*), por oposição à autoria (*daderschap, Täterschaft, autoría*)⁽¹⁸⁾, ou é uma subespécie da acessoriedade / participação, juntamente com a instigação (*uitlokking, Anstiftung, instigação, inducción*)⁽¹⁹⁾. Normalmente, os participantes são punidos de forma mais leve do que os autores porque a sua responsabilidade pela infracção é considerada menor; no entanto, a instigação é por vezes punida como forma de autoria.

4.1. Em *Akayesu*⁽²⁰⁾, o tribunal de julgamento tentou estabelecer duas distinções entre a ajuda e encorajamento do *Genocídio*, de uma parte, e a *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, de outra: por um lado, a primeira exigiria, ao contrário da segunda, uma específica intenção genocida⁽²¹⁾; por outro lado, a primeira materializar-se-ia com uma simples omissão, enquanto a segunda exigiria uma acção positiva⁽²²⁾. A proposta

⁽¹⁸⁾ Como é o caso do direito penal neerlandês, que define os instigadores como autores (art. 47, §§ 1 e 2 do Código Penal). O mesmo se aplica às construções do direito português que, desenvolvendo a doutrina do *Tatherrschaft*, qualificam os “verdadeiros” instigadores (por oposição aos meros indutores) como autores: cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*, 2.ª ed., Coimbra Editora: 2007, p. 797.

⁽¹⁹⁾ Cf. o § 26 do Código Penal alemão; o art. 28 do Código Penal espanhol; e o art. 26.º do Código Penal português.

⁽²⁰⁾ Cf. ICTR, Judgment, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998, Klip / Sluiter (eds.), *ALC-II-399*.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, § 485: “quando uma pessoa é acusada de ter ajudado e encorajado no planeamento, preparação e execução de um *Genocídio*, é necessário provar-se que ela tinha a intenção específica de cometer *Genocídio*, ou seja, que ele ou ela agiu com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal; ao passo que [...] a mesma exigência não é necessária para a cumplicidade em actos de genocídio” (itálicos nossos; cf. também *Akayesu*, *supra* nota 20, §§ 545 e 547).

⁽²²⁾ *Ibidem*, § 548: “outra diferença entre a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* e o princípio da assistência ao planeamento, preparação ou execução de um *Genocídio* nos termos do artigo 6(1), é que, em teoria, a cumplicidade requer um acto positivo, ou seja, um acto de comissão, ao passo que a ajuda e encorajamento podem consistir na abstenção de uma acção” (itálicos nossos).

dualidade entre omissão e acção não foi suficientemente fundamentada e não voltou a ser aplicada pelos tribunais⁽²³⁾. Por sua vez, o critério relativo ao elemento subjectivo (*mens rea*), aparentemente baseado na menor gravidade da *Cumplicidade em Actos de Genocídio* relativamente ao *Genocídio*, não teve em conta a circunstância de que a ajuda e encorajamento do *Genocídio* também são amplamente reconhecidos como condutas de participação (no crime de *Genocídio*) e, consequentemente, como um modo de responsabilidade menos grave⁽²⁴⁾. Por outras palavras, a decisão não explicou por que razão o auxílio e encorajamento do *Genocídio* com específica intenção genocida, consubstanciando uma responsabilidade acessória por participação no crime de *Genocídio*, deve ser separada da *Cumplicidade em Actos de Genocídio*. De facto, não se exige uma *mens rea* particular para os participantes (o que obviamente não significa que eles *tenham que não a possuir*). A partir daqui, a questão atraiu rapidamente várias decisões contraditórias.

4.2. Em *Stakić*, na decisão sobre a Regra 98bis⁽²⁵⁾, e depois de afirmar que as disposições se sobrepõem⁽²⁶⁾, o tribunal de julgamento acrescentou que “a fim de resolver o problema da sobreposição, o artigo

⁽²³⁾ ELIES VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 171.

⁽²⁴⁾ Cf., e.g., GERHARD WERLE, “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p. 955, com referência à prática dos tribunais *ad-hoc*; mas cf. JOHAN D. VAN DER VYVER, “Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide”, *Fordham International Law Journal* 23 (1999), p. 314, que dá a *Akayesu* uma interpretação diferente e sugere que alguns casos de auxílio e encorajamento podem qualificar-se como uma forma de co-autoria: “em *Prosecutor v. Akayesu*, o Tribunal Internacional para o Ruanda procurou com afino distinguir entre o ajudar e encorajar *enquanto cúmplice* no crime de genocídio e a *participação* no crime de genocídio através da ajuda e encorajamento. A distinção entre um participante acessório ou cúmplice (*particeps criminis*) e um malfeitor concomitante (*socius criminis*) parece ser aqui o ponto em questão” (itálicos no original).

⁽²⁵⁾ ICTY, Decision on Rule 98bis Motion for Judgment of Acquittal, *Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-T, T. Ch., 31 October 2002, Klip / Sluiter (eds.), *ALC-XI-561*.

⁽²⁶⁾ *Ibidem*, § 47.

4(3) [= art. 2(3) ETPIR] pode ser considerado como *lex specialis* relativamente ao artigo 7(1) [art. 6(1) ETPIR] (*lex generalis* ⁽²⁷⁾) [...]. Ligar os modos de participação do artigo 7(1) ao artigo 4(3), mantendo o pré-requisito do *dolus specialis*, conduziria ao mesmo resultado. Ambas as abordagens respeitam a interpretação segundo a qual o artigo 4(3) delimita os modos de participação no *Genocídio* e mantêm a exigência de intenção especial. Só esta interpretação presta homenagem à exclusividade do crime de genocídio, descrita acima no § 22, e respeita as limitações estabelecidas pela *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* de 1948” ⁽²⁸⁾.

No § 22 da decisão, o tribunal tinha descrito o *Genocídio* como o “crime dos crimes” e declarado que “interpretaria o artigo 4 restritivamente e com cautela, guiando-se sempre pela exclusividade do crime de genocídio”. O tribunal notou que, de acordo com a jurisprudência *Akayesu*, “a *mens rea* da ajuda e do encorajamento como forma de cumplicidade em actos de genocídio seria apenas o conhecimento dos elementos do crime de genocídio, incluindo a intenção dos superiores ou de outras pessoas; e a aceitação do decurso dos eventos, tomando em conta as consequências previsíveis do provimento de apoio substancial” ⁽²⁹⁾, mas observou que “este conceito pode constituir um afastamento do pré-requisito estrito da verificação de *dolus specialis*, que se relaciona com todas as formas de cometimento e participação no genocídio” ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Segundo GRANT DAWSON / RACHEL BOYNTON, *supra* nota 8, p. 269, “esta terminologia foi, sem dúvida, derivada da doutrina ‘*lex specialis derogat legi generali*’, segundo a qual uma lei pré-existente que regula um assunto específico (*lex specialis*) não é substituída por uma lei posterior que lide com um assunto de ordem geral (*lex generalis*)”. Esta explicação provavelmente refere-se à circunstância de que o art. III da Convenção de 1948 (*lex specialis*) pré-existia ao art. 6(1) ETPIR (*lex generalis*). No entanto, deve sublinhar-se que os estatutos dos tribunais internacionais não são direito substantivo aplicável que possa modificar ou suplantar as disposições do direito internacional pré-existent sobre a definição dos crimes e das formas de imputação; a questão será abordada mais pormenorizadamente *infra*.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*, § 48.

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, § 66.

⁽³⁰⁾ *Ibidem*, § 67.

Além disso, o tribunal argumentou que “resulta do artigo 4 e da natureza única do genocídio que o *dolus specialis* também é necessário para responsabilização nos termos do artigo 7(3) [art. 6(3) ETPIR]” ⁽³¹⁾; e afirmou que desejava “enfatizar que o conceito jurídico de ‘empresa criminosa conjunta’ (*joint criminal enterprise*) não pode criar um crime que não está previsto no estatuto e que tal conceito poderia tender — se não manuseado cuidadosamente — para a introdução de um limiar inferior no que diz respeito à prova da intenção individual. Esse seria, de facto, um resultado que não é abrangido pela Convenção sobre o Genocídio de 1948 e sua incorporação *verbatim* no artigo 4 do Estatuto do Tribunal” ⁽³²⁾.

Ao não estabelecer, ao menos aparentemente, uma distinção entre a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* e a ajuda e encorajamento ao *Genocídio*, o tribunal concebe a chamada *intenção específica* como um elemento essencial para uma condenação sob qualquer forma de genocídio. Este raciocínio abrange os casos de responsabilidade superior e os casos que se enquadrariam “no conceito jurídico de empresa criminosa conjunta”. Contra esta posição radical poderiam levantar-se algumas objecções: por exemplo, a intenção específica é dificilmente conciliável com a responsabilidade superior estabelecida na base de que o superior tinha motivos para saber que o subordinado se preparava para cometer genocídio ou que já o teria cometido ⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ *Ibidem*, § 92.

⁽³²⁾ *Ibidem*, § 93.

⁽³³⁾ GERHARD WERLE, *Principles of International Criminal Law*, 2a ed., The Hague, TMC Asser Press: 2009, p. 193, número de margem 518. A questão torna-se irrelevante se o artigo 6(3), for visto, como parece correcto, como “um crime verdadeiro, um crime autónomo de omissão” (KAI AMBOS, in A. Cassese / P. Gaeta / J. R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, I, O.U.P.: 2002, p. 851) em vez de um modo de comissão, ou um modo de participação nas infracções cometidas pelos subordinados, mesmo quando tal omissão consista numa falha em prevenir essas infracções. A este respeito, como os estatutos do ICTR e ICTY prevêm uma jurisdição limitada em função da matéria, e como ela não abarca aquela omissão, uma interpretação estrita dos estatutos deve levar possivelmente à conclusão de que os tribunais não têm jurisdição sobre os actos que constituem verdadeira responsabilidade superior, *i.e.*, os actos

Além de ligar a específica intenção genocida a todas as formas de genocídio, o tribunal de julgamento em *Stakić* sugeriu uma questão importante que será tratada mais adiante neste comentário: o direito em vigor à época dos factos punia os actos que foram considerados criminalmente relevantes?

4.3. No acórdão *Semanza* ⁽³⁴⁾, o TPIR observou “que existe uma sobreposição entre ‘genocídio’ no artigo 2(3)(a) e ‘cometer’ no artigo 6(1), bem como entre ‘cumplicidade’ no artigo 2(3)(e) e as formas de imputação por cumplicidade no artigo 6(1)”. Esta redundância poderia “ser explicada pela incorporação *verbatim* do artigo III da Convenção sobre Genocídio no Estatuto” ⁽³⁵⁾.

Na perspectiva do tribunal, “não há uma diferença relevante entre a cumplicidade prevista no artigo 2(3)(e) do Estatuto e a definição ampla dada à ajuda e encorajamento no artigo 6(1)”. O tribunal assinalou ainda “que a *mens rea* exigida para a cumplicidade em actos de genocídio no artigo 2(3)(e) [...] espelha a que se exige para a ajuda e encorajamento e outras formas de cumplicidade no artigo 6(1)” ⁽³⁶⁾.

Além disso, “a cumplicidade em actos de genocídio no artigo 2(3)(e) refere-se a todos os actos de assistência ou incentivo que tenham substancialmente contribuído para, ou que tenham tido um efeito substancial sobre, a consumação do crime de genocídio. O acusado deve ter agido intencionalmente e com a consciência de que estava a contribuir para o crime de genocídio, com todos os seus elementos” ⁽³⁷⁾.

Seguindo esta perspectiva, e porque não são diferentes, nem a *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, nem a ajuda e encorajamento ao *Genocídio* exigem uma intenção específica.

que não consubstanciem co-autoria, cumplicidade, autoria activa ou instigação pelo superior: cf. PEDRO CAEIRO / MIGUEL LEMOS, “Commentary”, in Klip / Sluiter (eds.), *ALC-XVI-519*.

⁽³⁴⁾ ICTR, Judgment and Sentence, *Prosecutor v. Semanza*, Case No. ICTR-97-20-T, T. Ch. III, 15 May 2003, Klip / Sluiter (eds.), *ALC-XII-599*.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*, § 391.

⁽³⁶⁾ *Ibidem*, § 394.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, § 395.

4.4. Em *Krstić* ⁽³⁸⁾, o tribunal de recurso do ICTY afirmou que “como o Estatuto deve ser interpretado com o máximo respeito pela linguagem utilizada pelo legislador, o tribunal de recurso não pode concluir que a sobreposição entre o artigo 7(1) e o artigo 4(3)(e) é resultado de uma desatenção do legislador caso outra explicação, congruente com a linguagem utilizada pelo Estatuto, seja possível. Neste caso, as duas disposições podem ser conciliadas, porque os termos ‘cumplicidade’ e ‘cúmplice’ podem compreender uma conduta mais ampla do que a ajuda e encorajamento” ⁽³⁹⁾.

Em seguida, o tribunal de recurso argumentou que a *mens rea* para a ajuda e encorajamento do *Genocídio*, como para qualquer outra infracção, só exige o conhecimento da intenção genocida do autor ⁽⁴⁰⁾, ao passo que a *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, na parte em que proíbe condutas que não constituam ajuda e encorajamento, exige que o cúmplice partilhe a específica intenção genocida do autor ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Krstić*, Case No. IT-98-33-A, A. Ch., 19 April 2004, Klip / Sluiter (eds.), *ALC-XIX-539*.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, § 139.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*, § 140: “Isto, no entanto, levanta a questão de saber se, para a afirmação da responsabilidade por ajuda e encorajamento, o indivíduo acusado só precisa de ter conhecimento da intenção genocida específica do autor, ou se tem de partilhar dessa intenção. O Tribunal de Recurso já explicou, em várias ocasiões, que uma pessoa que ajuda e encoraja um crime onde se exige uma intenção específica pode ser responsabilizada se auxilia a prática do crime conhecendo a intenção [que lhe preside]. Este princípio aplica-se à proibição do *Genocídio* do Estatuto, que também é uma infracção que exige a verificação de uma intenção específica. A condenação por ajuda e encorajamento mediante prova de que o arguido sabia da intenção genocida do perpetrador principal é permitida pelo Estatuto e pela jurisprudência do Tribunal. [...] Muitas jurisdições internas, de *common law* e de *civil law*, adoptam a mesma abordagem no que diz respeito à *mens rea* para a ajuda e o encorajamento e muitas vezes aplicam-na expressamente à proibição do *Genocídio*”.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, § 142: “Por outro lado, há elementos relevantes que sugerem que a *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, nos casos em que proíbe uma conduta mais ampla do que a ajuda e o encorajamento, exige a prova de que o cúmplice teve a intenção específica de destruir um grupo protegido. Do artigo 4 do Estatuto decorre linearmente que o requisito do artigo 4(2), segundo o qual o agente do genocídio tem

Enquanto em *Akayesu* se exigia a intenção específica para a punição da ajuda e encorajamento do *Genocídio*, mas não para a *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, a decisão em análise chegou à conclusão inversa. No entanto, mesmo que o contexto histórico legitimasse a posição do tribunal em relação aos requisitos da *mens rea* — o que não parece ser o caso ⁽⁴²⁾ — ainda assim se levantaria uma questão importante: o tribunal de recurso não explica como e quando é que o

que possuir a ‘intenção de destruir’ um grupo protegido, se aplica a todos os actos proibidos enumerados no artigo 4(3), incluindo a *Cumplicidade em Actos de Genocídio*. [...] Há também indícios de que os redactores da Convenção sobre o Genocídio pretenderam que uma acusação por *Cumplicidade em Actos de Genocídio* compreendesse uma demonstração de intenção genocida. O delegado do Reino Unido na Sexta Comissão da Assembleia Geral ‘propôs acrescentar a palavra «deliberada» antes de «cumplicidade», explicando que ‘era importante especificar que a cumplicidade deve ser deliberada, porque existem alguns sistemas onde a cumplicidade requer intenção e outros em que não. Vários delegados [representando o Luxemburgo, Egipto, União Soviética, Jugoslávia] disseram que isso era desnecessário, porque nunca houve qualquer dúvida de que a cumplicidade no genocídio deveria ser intencional. O Reino Unido acabou por retirar a sua proposta de alteração, ‘uma vez que se entendeu que, para ser punida, a cumplicidade em actos de genocídio tem de ser deliberada’. [...] Os textos dos Estatutos do Tribunal e da Convenção sobre o Genocídio, combinados com os trabalhos preparatórios da Convenção, confortam a conclusão de que os redactores do Estatuto optaram por aplicar a noção de ajuda e encorajamento à proibição do genocídio contida no artigo 4’”. Esta argumentação leva MICHAEL G. KARNAVAS, “Prosecutor v. Vidoje Blagojevic, Dragan Jokic, Case No. IT-02-60-T, Trial Judgment, 17 January 2005”, *International Criminal Law Review* 4 (2005), p. 618, a afirmar que “aceitando-se que a intenção genocida especial constitui um elemento do *chapeau* do crime de genocídio que o caracteriza como um crime internacional, [...], ela *tem* que se aplicar a todas as cinco formas de comparticipação criminosa no cometimento do genocídio previstas no artigo 4(3) do Estatuto” (itálicos no original).

⁽⁴²⁾ A referência à elaboração da Convenção sobre o Genocídio não parece permitir a conclusão alcançada pelo Tribunal: o delegado britânico, provavelmente, queria garantir que a cumplicidade em actos de genocídio era punível apenas se “deliberada”, *sc.*, praticada com dolo directo, por contraposição com a negligência ou, possivelmente, o dolo eventual, o que significaria que o cúmplice, participando num acto de genocídio, teria que agir consciente e voluntariamente (mas *vd.* ELIES VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 165). No entanto, a espécie de dolo exigida para a cumplicidade não contende com o específico propósito genocida que deve presidir à conduta do autor: *cf. infra*, 7.2.

direito aplicável mudou. Se a posição do tribunal significa que a Convenção exigia a intenção específica para a *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, seria necessário determinar o momento em que a ajuda e encorajamento, sem o requisito de intenção específica, adquiriu um estatuto autónomo, como um modo diferente de participação no *Genocídio*, e ainda se esse era de facto o direito aplicável à época dos factos. É possível que, como observa o tribunal de recurso, os redactores do Estatuto tenham optado por aplicar a noção geral de ajuda e encorajamento à proibição de genocídio. Mas se o regime for realmente diferente daquele que se continha na Convenção, então seria necessário mostrar que já estava em vigor quando os factos foram praticados.

4.5. Em *Blagojević* ⁽⁴³⁾, o tribunal de julgamento concluiu que “há uma sobreposição entre o artigo 4(3), enquanto disposição geral que enumera as formas puníveis de comparticipação no genocídio, e o artigo 7(1), enquanto disposição geral relativa à responsabilidade penal que se aplica a todas as infracções puníveis nos termos do Estatuto, incluindo o crime de genocídio [...] Em consequência, algumas formas de imputação enumeradas no artigo 7(1) estão necessariamente incluídas naquelas que se prevêem no artigo 4(3), ou vice-versa. Como as formas de imputação enumeradas no artigo 7(1) são normalmente mais específicas e estritamente delimitadas do que as enumeradas no artigo 4(3), o artigo 7(1) pode ser útil para uma caracterização da forma de participação do acusado com o grau de especificidade exigido. O tribunal de recurso considerou ‘que os modos de participação do artigo 7(1) devem aplicar-se, em conformidade com o que o Estatuto do Tribunal prescreve, às disposições do artigo 4(3)’ [...] Baseou esta conclusão no texto do artigo 7(1), o qual inclui a responsabilidade por ajuda e encorajamento e expressamente aplica esta modalidade a qualquer ‘crime referido nos artigos 2 a 5 do presente Estatuto’, incluindo o crime de genocídio punido pelo artigo 4” ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Blagojević et al.*, Case No. IT-02-60, T. Ch. I, 17 January 2005, Klip / Sluiter (eds.), *ALC-XXVI-261*.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*, § 670.

O tribunal também chegou à conclusão de que “a cumplicidade em actos de genocídio tem sido interpretada no sentido de incluir as várias formas de participação enumeradas no artigo 7 (1) do Estatuto” (45), e que “o coronel Blagojević prestou uma assistência prática que teve um efeito substancial no cometimento do genocídio, com o conhecimento de que os autores destes actos tinham a intenção de destruir, no todo ou em parte, o grupo muçulmano bósnio de Srebrenica”; dessa forma, o tribunal considerou o coronel Blagojević “responsável por cumplicidade em actos de genocídio através da ajuda e encorajamento da prática de genocídio” (46).

A novidade trazida por *Blagojević* é a condenação por “cumplicidade em actos de genocídio através de ajuda e encorajamento da prática de genocídio”. Não é claro se o tribunal se referiu à ajuda e encorajamento nos termos do artigo 7(1) ETPIR, como uma forma de imputação relativa a uma infracção autónoma de *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, o que abriria a porta para a punição do auxílio à *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, ou se o tribunal entendeu que a ajuda e o encorajamento, nos termos do artigo 7(1) ETPIR, é uma forma de *Cumplicidade em Actos de Genocídio*. Provavelmente, vale a segunda alternativa (47); a “assistência” propiciada pelo arguido teve um efeito substancial sobre a “prática do genocídio” e ele tinha conhecimento de que os “os autores destes actos” tinham uma intenção genocida. Portanto, ele foi responsável por *Cumplicidade em Actos de Genocídio* através da ajuda e encorajamento à prática de *Genocídio*. Além disso, a primeira alternativa seria rebuscada: nada sugere que o direito aplicável à época dos factos abrangesse crimes como a ajuda e encorajamento à *Cumplicidade em Actos de Genocídio* ou instigação à *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, sempre que tais actos não constituíssem já auxílio ou instigação ao próprio *Genocídio*.

(45) *Ibidem*, § 778.

(46) *Ibidem*, § 787.

(47) Mas cf. GRANT DAWSON / RACHEL BOYNTON, *supra* nota 8, p. 277.

4.6. Em *Karemera* (48), o tribunal de julgamento considerou que a cumplicidade é uma das formas de imputação aplicáveis ao crime de *Genocídio* (49).

Na sua declaração de voto, o juiz Short opinou que “a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* tem os *indicia* de um crime, ao mesmo tempo que compreende uma forma particular de imputação. É normalmente utilizada em alternativa à acusação por *Genocídio*, tal como consta da acusação neste caso, e pode levar a uma condenação por ‘*Cumplicidade em Actos de Genocídio*’. No caso de *Semanza*, por exemplo, o arguido, acusado em alternativa por *Genocídio* e *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, não foi considerado culpado de *Genocídio* mas foi condenado por *Cumplicidade em Actos de Genocídio* [...]. Certamente que não se pode dizer que o acusado foi condenado por uma forma de imputação”. O juiz foi, assim, da opinião de “que o termo ‘*Cumplicidade em Actos de Genocídio*’ referido no artigo 2(3)(e) é um crime (genocídio) relativamente ao qual se liga um modo particular de responsabilidade criminal (cumplicidade, ou responsabilidade do cúmplice)” (50).

(48) ICTR, Decision on Defence Motions Challenging the Pleading of a Joint Criminal Enterprise in a Count of Complicity in Genocide in the Amended Indictment (Articles 2 and 6(1) of the Statute), *Prosecutor v. Karemera, Ngirumpatse and Nziirorera*, Case No. ICTR-98-44-T, T. Ch. III, 18 May 2006, Klip / Sluiter (eds.), ALC-XXIV-45.

(49) *Ibidem*, § 7: “contrariamente à asserção do procurador, a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* determinou que a cumplicidade é uma das formas de imputação aplicáveis ao crime de genocídio, e não um crime em si mesmo. Não há necessidade de este Tribunal reiterar essa conclusão explícita do Tribunal de Recurso, a qual tem sido, nesta matéria, continuamente aplicada pelos Tribunais de Julgamento de ambos os tribunais *ad hoc*”.

(50) ICTR, Decision on Defence Motions Challenging the Pleading of a Joint Criminal Enterprise in a Count of Complicity in Genocide in the Amended Indictment (Articles 2 and 6(1) of the Statute), Separate Opinion of Judge Short on Complicity in Genocide and Joint Criminal Enterprise Theory (Articles 2 and 6(1) of the Statute and Rule 72 of the Rules of Procedure of Evidence), *Prosecutor v. Karemera, Ngirumpatse and Nziirorera*, Case No. ICTR-98-44-T, T. Ch. III, 18 May 2006, Klip / Sluiter (eds.), ALC-XXIV-45.

Assim, o juiz Short parece sugerir que a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* é uma mistura entre um crime e uma forma de imputação⁽⁵¹⁾.

4.7. A mesma diversidade de construções pode ser encontrada na doutrina. Alguns autores defendem que uma distinção entre a ajuda e encorajamento, por um lado, e a cumplicidade, por outro, é difícil de entender, porque as duas expressões significam “essencialmente o mesmo” em direito penal comparado⁽⁵²⁾, sendo que a amplitude da expressão ajuda e encorajamento faz com que a incriminação autónoma da cumplicidade seja redundante⁽⁵³⁾. Ou, mais abertamente, avança-se que interpretar a cumplicidade na Convenção sobre o Genocídio de uma maneira diferente da cumplicidade em geral não tem qualquer sentido⁽⁵⁴⁾.

Uma segunda perspectiva subscreve a opinião de que, nos termos dos Estatutos, a ajuda e encorajamento à prática do *Genocídio* e a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* são duas formas diferentes de cumplicidade. Na opinião de alguns autores, a segunda tem como objecto as condutas residuais relacionadas com o genocídio que não estejam compreendidas no artigo 6(1) ETPIR, incluindo os participan-

⁽⁵¹⁾ De acordo com GRANT DAWSON / RACHEL BOYNTON, *supra* nota 8, p. 266, “a análise do juiz Short pode dar suporte à ideia de que a cumplicidade em actos de genocídio é, de facto, um híbrido entre um crime autónomo (1) e uma forma de imputação (2). Esta pode ser uma explicação lógica para compatibilizar o facto de um indivíduo poder ser condenado por cumplicidade em actos de genocídio com o facto de que a própria cumplicidade se liga a uma certa forma de participação no crime”.

⁽⁵²⁾ WILLIAM SCHABAS, “Commentary”, in Klip / Sluiter (eds.), *ALC-II-548*.

⁽⁵³⁾ PAYAM AKHAVAN, “The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence”, *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), p. 994: “ao contrário do que sucede com os crimes incompletos [*inchoate crimes*] enumerados no Artigo 2(3)(b) a (d), a inclusão da cumplicidade parece supérflua, dada a latitude da expressão ‘ou ter de outra forma ajudado e encorajado’ enquanto categoria residual nos termos do artigo 6(1)”.

⁽⁵⁴⁾ KAI AMBOS, *supra* nota 13, p. 422.

tes *ex post facto*⁽⁵⁵⁾. Outros sustentam que, pelo menos de *jure condendo*, as duas noções servem para traçar uma distinção entre “facilitadores” (com menor culpa), que ajudam ou encorajam o genocídio com o mero conhecimento da intenção genocida do autor, e “autores morais, instigadores e co-autores” que actuem com intenção genocida, os quais devem ser punidos por *Cumplicidade em Actos de Genocídio*⁽⁵⁶⁾. Este enquadramento apresentaria “semelhanças com os sistemas de *civil law* que colocam ‘os facilitadores’ numa categoria separada de participantes num crime”⁽⁵⁷⁾.

Outros autores defendem que a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* é um “híbrido entre um crime autónomo e uma forma de imputação que lhe está ligada de forma explícita”, cometido “através” dos modos de imputação previstos no artigo 6(1) ETPIR, e que abarca a ajuda e encorajamento⁽⁵⁸⁾. Finalmente, há também a perspectiva de

⁽⁵⁵⁾ CHILE EBOE-OSUJI, *supra* nota 12, p. 79: “dado que o artigo 6(1), por exemplo, não abrange claramente participantes acessórios no genocídio após o facto, parece, então, que o melhor entendimento do conceito de ‘cumplicidade em actos de genocídio’, nos termos do artigo 2(3)(e), é o de que ele abrange não só os participantes no genocídio *ex post facto*, mas também o *residual* das condutas relacionadas com genocídio *puníveis* que não alcancem o nível de responsabilidade individual descrito no Artigo 6(1)”.

⁽⁵⁶⁾ ELIES VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 191: “para a ajuda e encorajamento (abordagem baseada no conhecimento): (i) *mens rea*: o conhecimento da intenção genocida e dolo geral no que diz respeito à facilitação e ao *actus reus*; (ii) o *actus reus* é composto por todos os actos de assistência ou incentivo que podem ser denominados como ‘facilitação’ e que tenham contribuído para [...] a consumação do crime de genocídio [...]. Para a cumplicidade em actos de genocídio (abordagem baseada no propósito): (i) *mens rea*: prova da intenção genocida [...] e dolo geral no que diz respeito à contribuição / *actus reus*; (ii) o *actus reus* consiste em ter um papel chave de coordenação (como autor moral / instigador ou co-autor) na assistência ou incentivo ao genocídio que tenha contribuído substancialmente para [...] a consumação do crime de genocídio [...]”.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*, p. 190.

⁽⁵⁸⁾ GRANT DAWSON / RACHEL BOYNTON, *supra* nota 8, p. 278, partindo da “teoria da exclusividade em *Stakié*”: “a ajuda e encorajamento é uma forma de imputação prevista no artigo 7(1) que pode ser aplicada a qualquer um dos crimes estabelecidos no Estatuto. A cumplicidade em actos de genocídio é um híbrido entre um

que a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* é uma infracção *a se stante*, que pode ser cometida através de todas as formas de imputação do artigo 6(1) ETPIR⁽⁵⁹⁾, e que não requer a intenção genocida, a qual pelo contrário deve estar presente na ajuda e encorajamento ao *Genocídio*⁽⁶⁰⁾.

5. As decisões dos tribunais e a doutrina não sublinham de forma suficiente que, mais do que “conciliar” as normas dos Estatutos com a

crime autónomo e uma forma de responsabilidade que lhe está ligada de forma explícita. Assim, as formas de imputação podem aplicar-se, nos termos do artigo 7(1), à cumplicidade em actos de genocídio, tal como podem aplicar-se ao genocídio e aos outros crimes do Estatuto”; e “considerar explicitamente a cumplicidade em actos de genocídio como uma forma híbrida de um crime destaca a natureza ultrajante da cumplicidade neste crime em particular e coloca a cumplicidade em actos de genocídio próxima do próprio cometimento do crime”. Assim, “a teoria da exclusividade responsabilizaria — com precisão — aquele que ajuda e encoraja a cumplicidade no genocídio ou que ajuda e encoraja outro que é cúmplice no genocídio, ao mesmo tempo que evitaria uma excessiva ou diminuída afirmação do nível de responsabilidade daquele que ajuda ou encoraja. Deste modo, cremos que a comissão de cumplicidade em actos de genocídio *através* de uma forma de responsabilidade nos termos do artigo 7(1) seria a correcta formulação de uma acusação pelo crime de cumplicidade em actos de genocídio”.

⁽⁵⁹⁾ CHILE EBOE-OSUJI, *supra* nota 12, p. 73, reconhecendo que “pode parecer um pouco estranho, à primeira vista, abordar o assunto desta forma, quando se considera a relação do artigo 6(1) com alguns dos crimes indicados nos artigos 2 a 4. Mas mesmo aqui, depois de um olhar mais atento, é evidente que a lógica intrínseca desta abordagem ainda seria aplicável”.

⁽⁶⁰⁾ DANIEL M. GREENFIELD, “The crime of complicity in genocide: how the International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia got it wrong, and why it matters. Symposium on Redefining International Criminal Law”, *Journal of Criminal Law and Criminology* 2008, p. 924 e 927: “alguém que é culpado de ajuda ou encorajamento no crime de genocídio tem como seu verdadeiro propósito a facilitação da prática de genocídio. O autor do crime de cumplicidade em actos de genocídio, por outro lado, pode não ter tido o genocídio como o seu propósito. Em vez disso, o genocídio pode simplesmente ter sido o resultado previsível de suas acções” e, assim, “(...) as disposições sobre a cumplicidade da Convenção sobre o Genocídio e dos Estatutos dos Tribunais *ad hoc* parecem ter sido desenhadas de modo a abranger duas classes muito diferentes de criminosos: aqueles que planearam o genocídio, mas não mataram, e aqueles que não tinham um plano genocida, mas que sabiam que o genocídio seria o resultado previsível das suas acções”.

Convenção, os tribunais têm *que determinar o direito em vigor à época dos factos relevantes*.

Para encontrar o direito material aplicável, os tribunais não devem apoiar-se excessivamente numa interpretação literal e sistemática dos Estatutos, uma vez que as resoluções do Conselho de Segurança não servem para definir as infracções nem as formas de imputação⁽⁶¹⁾ (embora possam reflectir o ponto de vista dos membros do Conselho de Segurança sobre o direito penal internacional material consuetudinário), mas sim para designar a realidade factual colocada sob a jurisdição *ratione materiae* dos Tribunais⁽⁶²⁾. O conteúdo do direito em vigor no momento em que os actos foram cometidos é determinado exclusivamente pelos Tribunais e não pelo Conselho de Segurança.

Assim, a reprodução *verbatim* das disposições da Convenção sobre o Genocídio não é necessariamente um erro. Ela pode simplesmente significar que os redactores dos Estatutos pretenderam atribuir jurisdição aos Tribunais sobre todos os actos proibidos pela Convenção e também sobre outros actos que possam constituir genocídio de acordo com as formas de imputação previstas no artigo 6(1) ETPIR. Cabe

⁽⁶¹⁾ Cf. ICTY, Opinion and Judgment, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-I-T, T. Ch. II, 7 May 1997, Klip / Sluiter (eds.), *ALC-I-287*, § 622; ALEXANDER ZAHAR, “Perpetrators and Co-perpetrators of Genocide”, in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention. A Commentary*, O. U. P., Oxford: 2009, p. 143, n. 16.

⁽⁶²⁾ Sobre a diferença entre as normas jurisdicionais (que indicam o direito aplicável) e as normas substantivas aplicáveis no âmbito dos Estatutos dos Tribunais *ad hoc*, cf. PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O caso português*, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2010, p. 184. Mas, com uma visão possivelmente diferente, vd. ELIES VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 181: “as disposições sobre as formas de imputação nos Estatutos dos Tribunais *ad hoc* têm mais do que uma função expressiva, pois os Estatutos põem o direito substantivo de um tribunal internacional. Os artigos 2 e 4(3)(e) do ETPIEJ e os artigos 6 e 7(1) do ETPIR têm uma função jurisdicional/de atribuição de poder (...)” e CHILE EBOE-OSUJI, *supra* nota 12, p. 67 e p. 69, que estabelece uma distinção entre o propósito do artigo 2(3)(e), enquanto norma jurisdicional, e do artigo 6(1), que estabeleceria uma individualização da responsabilidade, de modo a submeter à justiça “*de uma forma específica* todos os envolvidos no crime — *i.e.*, declará-los culpados na mais grave categoria de veredicto para aquele crime”.

depois aos Tribunais, no exercício dessa jurisdição, determinar se aquelas formas de imputação acrescentam algo ao âmbito da Convenção sobre o Genocídio e se espelham o direito em vigor no momento em que os factos foram praticados. Portanto, a possível sobreposição, ou redundância parcial, entre o artigo 2(3)(e) e o artigo 6(1) ETPIR, não é um resultado indesejável, a ser evitado através de uma “interpretação eficaz”⁽⁶³⁾, pois não afecta a aplicação do direito substantivo. Por outras palavras, essas normas não têm que ser “conciliadas” com as normas consuetudinárias que prevêm a punição do genocídio nos seus múltiplos modos, pois são de natureza diversa (jurisdicionais *versus* substantivas) e, conseqüentemente, têm um escopo diferente. Em particular, deve-se evitar qualquer “interpretação eficaz” que leve a uma reconstrução ilegítima do direito substantivo aplicável, com o objectivo de compatibilizar normas jurisdicionais.

6. A avaliação da relação entre a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* e a categoria das formas de imputação deve seguir uma abordagem interessada na *praxis*, sendo que a primeira questão é a de saber que sentido tem, relativamente aos mesmos factos, promover uma acusação por *Cumplicidade em Actos de Genocídio* ‘em alternativa ao *Genocídio*’.

Note-se que não é uma “alternativa” em sentido próprio — em que as acusações sejam mutuamente exclusivas e não estejam sujeitas a uma determinada ordem de precedência lógica e normativa — mas sim, mais precisamente, um pleito subsidiário. Na decisão em apreço, o tribunal de julgamento reconhece, de forma explícita, que uma condenação por *Cumplicidade em Actos de Genocídio* só deve ter lugar se o conjunto relevante dos factos não permitir uma condenação por genocídio⁽⁶⁴⁾. Esta interpretação da relação entre as duas bases da acusação, que não parece ser controversa, significa que a *Cumplicidade em Actos*

⁽⁶³⁾ Sobre o princípio da “interpretação eficaz”, cf. CHILE EBOE-OSUIJ, *supra* nota 12, p. 59.

⁽⁶⁴⁾ *Cit.*, § 504.

de *Genocídio* é algo menos do que o *Genocídio* em sentido próprio e surge apenas quando, na opinião do tribunal, os factos provados não são suficientes para integrar o *Genocídio*, independentemente de saber se isso se deve a uma diferente qualificação dos factos acusados ou à insuficiência da prova produzida sobre eles.

O pressuposto avançado no parágrafo anterior é consistente com a forma como a Convenção estabelece a punição do genocídio. Em primeiro lugar, a proibição versa sobre o crime de *Genocídio* em sentido próprio (*sc.*, o genocídio consumado, cometido pelo(s) autor(es)). Depois, estende-se a condutas menos graves relacionadas com o genocídio: as infracções incompletas (conspiração, incitamento e tentativa) e a participação no *Genocídio* (mas não nas infracções incompletas⁽⁶⁵⁾), por qualquer pessoa que seja considerado um participante de acordo com o direito internacional penal aplicável e que, portanto, não possa ser considerado autor⁽⁶⁶⁾. Portanto, pleitear a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* em alternativa ao *Genocídio* é a consequência processual da natureza *subsidiária*, ao nível substantivo, da primeira em relação ao segundo.

7. No ponto 1, a acusação, seguindo a prática do *common law*⁽⁶⁷⁾, imputa ao arguido o genocídio sob todas as formas previstas no artigo 6(1)

⁽⁶⁵⁾ PAYAM AKHAVAN, *supra* nota 53, p. 995. [Nota dos AA., não constante do original inglês: a exclusão da participação nas infracções incompletas (*inchoate crimes*) não abrange a tentativa].

⁽⁶⁶⁾ Cf. United Nations Economic and Social Council — Ad Hoc Committee on Genocide, *Report of the Committee and Draft Convention drawn up by the Committee (Dr. Karim Azkoul — Rapporteur)*, E/794, 24 May 1948, p. 21. A assimilação da *Cumplicidade em Actos de Genocídio* a uma responsabilidade acessória já está presente no *Report of the Ad Hoc Committee* (no *Report*, a *cumplicidade* estendia-se a todos os actos descritos no art III): “(e) *Cumplicidade* em qualquer um dos actos enumerados no presente artigo. O Comité foi unânime quanto a este ponto. O representante dos Estados Unidos afirmou que ao aceitar a inclusão da ‘*cumplicidade*’ neste artigo, entendia que ela se referia à participação antes e após o facto e à ajuda e encorajamento à prática dos crimes enumerados neste artigo”.

⁽⁶⁷⁾ Cf. ANDREW ASHWORTH, *supra* nota 11, p. 412.

ETPIR, indistintamente, incluindo a instigação e a ajuda e encorajamento, pelas quais o arguido acabou por ser condenado. Como as últimas não são formas de autoria em direito internacional penal, pode-se questionar se a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* — invocada a título subsidiário — deve ser interpretada como uma infracção menos grave (*infra.*, 7.1), ou como uma forma menos grave de participação (*infra.*, 7.2) relativamente à instigação e à ajuda e encorajamento ao *Genocídio*, particularmente em virtude de supor uma *mens rea* menos exigente.

7.1. Parece que os redactores da Convenção não tiveram a intenção de conceber a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* como um crime *a se stante* e não há nenhum indício de que ela possa ter surgido enquanto tal nas décadas seguintes ⁽⁶⁸⁾. Na verdade, se se passar dos rótulos para o nível normativo, não há decisões que reconheçam as consequências desse estatuto autónomo, como, por exemplo, condenações por ajuda e encorajamento ao “autor” de um crime de *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, ou seja, onde o auxílio não consubstancie imediatamente uma ajuda e encorajamento ao *Genocídio* propriamente dito, ou condenações por *Cumplicidade em Actos de Genocídio* (por exemplo, através de aconselhamento) num contexto em que nenhum crime de *Genocídio* é cometido, *sc.*, onde a acessoriedade quantitativa fosse dispensada.

Também é claro que o estatuto de autonomia da *Cumplicidade em Actos de Genocídio* não poderia resultar da (pretensa) necessidade de “conciliar” as normas materiais da Convenção sobre o *Genocídio* com as normas prescritas nos Estatutos relativos à jurisdição dos tribunais, mesmo que tal necessidade realmente existisse: caso contrário, os tribunais estariam a legislar e não a aplicar o direito em vigor à época dos factos. Finalmente, cremos que uma condenação por *Cumplicidade em Actos de Genocídio* não é uma condenação por “uma forma de

⁽⁶⁸⁾ Cf. *Prosecutor v. Karemera*, *supra* nota 48, § 8.

imputação” ⁽⁶⁹⁾, mas por um crime de *Genocídio* enquanto cúmplice, na mesma medida que o seria uma condenação por ajuda e encorajamento ao *Genocídio*, especialmente num contexto em que a decisão explicitamente sublinha que “não há distinção relevante entre a cumplicidade prevista no artigo 2(3)(e) do Estatuto e a definição ampla dada à ajuda e encorajamento” ⁽⁷⁰⁾.

7.2. Interpretar a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* como uma forma menos grave de acessoriedade e, assim, pleiteá-la em alternativa à instigação e à ajuda e encorajamento ao *genocídio* também não é convincente.

De um ponto de vista teórico, podem conceber-se graus mais ou menos graves de responsabilidade acessória, com base na importância da contribuição individual para a infracção e/ou na *mens rea* necessária ⁽⁷¹⁾. No entanto, parece que o direito internacional penal em vigor no momento dos actos relevantes só permitiria uma distinção entre autores e cúmplices ⁽⁷²⁾; não permitia a diferenciação entre categorias mais ou menos censuráveis de participantes, *sc.*, “não-autores”, apesar de a diferente gravidade das suas contribuições poder reflectir-se na determinação da pena (na mesma medida que os autores podem ser punidos com sanções diferentes ⁽⁷³⁾). Na verdade, pode-se distinguir entre categorias de cúmplices de acordo com o tipo de actos subjacentes

⁽⁶⁹⁾ Cf. *supra* nota 50.

⁽⁷⁰⁾ Cf. *supra* nota 36.

⁽⁷¹⁾ Cf. *supra* 4.7.

⁽⁷²⁾ Cf. ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Furundzija (Trial Judgment)*, Case No. IT-95-17/1-T, T. Ch., 10 December 1998, § 216, *in fine*: “duas categorias distintas de responsabilidade por [com]participação criminosa parecem ter-se cristalizado no direito internacional — os co-autores que participam numa empresa criminosa conjunta, por um lado, e os ajudantes e encorajadores, por outro” [interpolação nossa]. O que significa uma evolução do “modelo unificado de autor” (*Einheitstäterschaft*) de Nuremberga para um modelo diferenciado, em que a responsabilidade principal é distinta da responsabilidade acessória: cf. GERHARD WERLE, *supra* nota 33, p. 167; KAI AMBOS, *supra* nota 13, p. 169.

⁽⁷³⁾ Cf. CHILE EBOE-OSUII, *supra* nota 12, p. 70.

tes à responsabilidade acessória (aconselhamento, angariação, ajuda, encorajamento), mas não há indícios de que o direito internacional autorize uma classificação com base na sua gravidade abstracta, a qual levaria a pleitos primários e alternativos (subsidiários). É precisamente por essa hierarquia não existir que os tribunais, nas suas tentativas de conciliar o direito internacional penal material com as normas jurisdicionais, têm chegado a conclusões tão diversas e mesmo opostas (como em *Akayesu* e *Krstić*).

Merece especial consideração a possível distinção entre a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* e a instigação e a ajuda e encorajamento ao *Genocídio* através dos elementos subjectivos relevantes (*mens rea*), na base de que a intenção específica seria apenas necessária para a segunda. No caso em análise, pode ter-se dado a circunstância de o procurador ter acusado o arguido por *Cumplicidade em Actos de Genocídio* em alternativa (também relativamente à instigação e à ajuda e encorajamento ao *Genocídio*) com o fim de garantir uma condenação no caso de não conseguir provar que o arguido agiu com a dita intenção específica, antecipando assim um cenário em que o tribunal viesse a exigir prova de tal intenção relativamente às formas de imputação estabelecidas no artigo 6(1) ETPIR, mas não em relação à *Cumplicidade em Actos de Genocídio*. O tribunal, em última análise, considerou que o arguido agiu com intenção específica e condenou-o por ajuda e encorajamento, o que satisfaria os critérios estabelecidos em *Akayesu*. Mas a questão subsiste: se a intenção específica não tivesse sido provada, a acusação alternativa por *Cumplicidade em Actos de Genocídio* ter-se-ia mostrado útil?

Nas considerações seguintes, presumiremos que a construção tradicional da proibição do genocídio, segundo a qual se requer um propósito genocida específico como elemento subjectivo da ilicitude⁽⁷⁴⁾,

⁽⁷⁴⁾ A intenção de destruir um grupo não é um exemplo de *dolus specialis* em sentido próprio: o dolo refere-se aos elementos objectivos do crime (*in casu*, o conhecimento e a vontade referem-se aos actos de matar, etc); assim, exigir um *dolus specialis* significa que os elementos objectivos do crime devem ser conhecidos e queridos de uma determinada maneira (e.g., com dolo directo) pelo autor, com o fito de excluir, por exemplo, o dolo eventual. Um exemplo de dolo específico pode ser encontrado, e.g.,

foi aplicada pelo tribunal⁽⁷⁵⁾, bem como a distinção entre autores e participantes⁽⁷⁶⁾. Além disso, adoptamos a perspectiva segundo a qual os elementos objectivos e subjectivos da *facti species* (por exemplo, a causalidade, as intenções especiais, etc.) caracterizam apenas o facto do autor — o crime em sentido próprio — e já não o do participante. Na verdade, o participante não viola a norma que proíbe um determinado crime, mas sim a norma que estabelece que “ninguém deve assis-

no Reg. 2(a) dos English Defence (General) Regulations, 1939: “cometer actos que provavelmente ajudam o inimigo, com a intenção de ajudar o inimigo” (“*doing acts likely to assist the enemy, with the intent to assist the enemy*”); cf. *Rex v. Steane* (1947), K. B. 997; [1947] 1 All E. R. 813, e o respectivo comentário em RUPERT CROSS / P. ASTERLEY JONES, *Cases on Criminal Law*, London, Butterworth & Co.: 1949, p. 15.

No caso em análise, como a destruição efectiva do grupo não faz parte dos elementos objectivos do genocídio, o dolo não pode referir-se a ela. Portanto, é preferível falar de uma intenção ou propósito especial, como elemento subjectivo do ilícito; no mesmo sentido, IVO MIGUEL BARROSO, “O acordo com vista à prática de genocídio. O conceito, os requisitos e o fundamento da punição do «contrato criminal», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, org. A. M. Cordeiro / L. M. Leitão / J. C. Gomes, vol. V, Almedina: 2003, p. 398 s.

⁽⁷⁵⁾ Cf. *Prosecutor v. Kalimanzira*, *supra* nota 1, p. 359, § 158. A chamada “abordagem baseada na intenção” tem sido alvo de críticas por parte de perspectivas “baseadas na estrutura” e “baseadas no conhecimento” [comparar, e.g., WILLIAM SCHABAS, *Genocide in International Law*, Cambridge, C. U. P.: 2000, p. 353; ANTONIO CASSESE, “Is Genocidal Policy a Requirement for the Crime of Genocide?”, in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention. A Commentary*, Oxford, O. U. P.: 2009, p. 131; e GERHARD WERLE, *supra* nota 33, p. 274]. Mais recentemente, KAI AMBOS, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?”, *International Review of the Red Cross* 876 (2009), p. 1 e 26, argumentou em favor de uma “abordagem combinada, baseada na estrutura e no conhecimento, que adopta como critério de distinção o estatuto e o papel dos agentes (nível baixo, médio e de topo). Assim, a exigência da intenção específica deveria ser acolhida apenas em relação aos agentes de nível médio e de topo, enquanto para os agentes de nível baixo o conhecimento do contexto de genocídio seria suficiente”. Além das objecções que esta interpretação pode levantar em geral [das quais a menos importante não é a circunstância de fazer com que a punição dos (mais perigosos e censuráveis) agentes de ‘nível de topo’ seja mais difícil e exigente do que os de nível baixo], o princípio da legalidade / irretroactividade impede que ela possa caracterizar o direito do genocídio aplicável pelo ICTR.

⁽⁷⁶⁾ Como refere ELIES VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 191, “apesar de tudo, auxiliar o cometimento de um crime não é o mesmo que cometer o crime”; vd. também *supra* nota 72.

tir, ajudar, encorajar, etc., o cometimento de um crime”. Portanto, qualquer requisito especial para que se verifique a responsabilidade do participante não resulta imediatamente da norma que proíbe a infracção, mas sim das características específicas de cada modo de responsabilidade.

a) Os *travaux préparatoires* da Convenção sobre o Genocídio mostram que “todos os redactores sentiram a necessidade de alargar o círculo de infractores àqueles que participam na prática do genocídio”⁽⁷⁷⁾, mesmo que não actuem com intenção genocida. Neste contexto, não se vê por que razão o auxílio deliberado (ajuda e encorajamento) para matar, etc., com o conhecimento de que os perpetradores têm um propósito genocida, não seria suficiente para considerar punível a participação no genocídio, mesmo que o participante não compartilhe o fim referido. É verdade que a distinta natureza do genocídio em relação ao homicídio, às ofensas à integridade física, etc., puníveis pelo direito nacional, se baseia numa intenção genocida específica⁽⁷⁸⁾, mas, a esse nível, ela destina-se a caracterizar o crime, *sc.*, a conduta do autor, e não a participação nela.

Por isso, a ajuda e encorajamento ao genocídio não exigem uma intenção genocida específica⁽⁷⁹⁾ (o que, obviamente, não significa que os participantes acessórios não possam compartilhá-la), independentemente da forma jurídica em que seja aplicada. Em consequência, quando se trate dos mesmos factos, não há utilidade em pleitear a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* em alternativa à ajuda e encorajamento ao *Genocídio*, porque a norma costumeira que proíbe a primeira compreende, e nessa parte coincide, com a segunda.

b) Por outro lado, é possível que outras formas de participação no genocídio requeiram que o participante compartilhe o propósito

⁽⁷⁷⁾ ELIES VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 165.

⁽⁷⁸⁾ Cf., e. g., PAYAM AKHAVAN, *supra* nota 53, p. 992.

⁽⁷⁹⁾ Actualmente, esta conclusão parece ser consensual: cf., e.g., *ibidem*, p. 994.

genocida do autor. A instigação ao genocídio só se verifica quando o instigador quer que a infracção de genocídio seja cometida, com todos os seus elementos objectivos e subjectivos, como resultado da sua acção. Na verdade, a proposição segundo a qual alguém pode ter a intenção de que outra pessoa mate guiada por uma intenção genocida não partilhando ela própria o mesmo propósito parece desafiar o bom senso. Se o agente instiga à morte de alguém e não tem a intenção de destruir o grupo a que a vítima pertence, pelo menos como um objectivo concomitante, mas pretende apenas a eliminação de um concorrente comercial, a simples consciência de que o perpetrador principal actuará com intenção genocida não torna o seu acto em instigação para cometer genocídio, pois na verdade a infracção querida é apenas o homicídio. Porém, a instigação ao homicídio, nesse caso, poderá constituir um encorajamento ao genocídio, punível como tal.

Assim, parece que a estrutural intencionalidade da instigação, juntamente com a sua referência final a um crime que, por sua vez, exige uma intenção específica, permite a conclusão de que, ao contrário do facto de quem ajuda ou encoraja, o facto do instigador deve ser guiado pela intenção genocida específica. Consequentemente, a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* não pode servir como um pleito residual para punir uma “instigação” ao genocídio sem propósito genocida.

8. Em conclusão, pode afirmar-se que a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* não é uma infracção autónoma, nem uma forma especial de imputação, mas sim um conjunto de modalidades de imputação do crime de *Genocídio* puníveis pelo direito internacional penal consuetudinário, abrangendo (sem todavia se limitar a essas formas) a instigação e a ajuda e encorajamento ao *Genocídio*, como sugerido em *Krstić*, e nas quais se podem incluir modos específicos não abrangidos pelo direito normalmente aplicável às outras infracções. Neste contexto, pode-se questionar se os conceitos de “cometer” e “cumplicidade” devem ser entendidos no seu sentido original (no contexto do direito anglo-americano), *sc.*, respectivamente, a causação física do *actus reus* e a actuação daqueles que estão implicados no crime (cumplicidade em sentido lato, onde se incluem os autores que não causaram o *actus reus*

e os participantes), ou antes no sentido de que “cometer” engloba todos os autores (incluindo também os co-autores e os autores mediatos), ao passo que “cumplicidade” tem o seu âmbito restringido a formas de participação.

Ambas as interpretações podem ajudar a evitar pleitos (processualmente) redundantes (tal como sustentámos acima, não há redundância no direito substantivo). A diferença entre as duas interpretações surge apenas no plano conceitual e simbólico, pois ambas deixam as questões normativas subjacentes inalteradas e acabam por levar aos mesmos resultados.

8.1. A primeira abordagem baseia-se na suposição de que a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* compreende todas as formas de imputação, com excepção da comissão por um único autor. Neste contexto, acusar por *Cumplicidade em Actos de Genocídio* em alternativa ao *Genocídio* pelos mesmos factos torna-se redundante na medida em que aquelas formas de imputação também sejam objecto da acusação no pleito primário. Consequentemente, as acusações no pleito principal devem limitar-se à prática de genocídio por um único autor; as acusações subsidiárias por *Cumplicidade em Actos de Genocídio* pelos mesmos factos compreenderiam todas as outras formas de imputação, incluindo tanto os autores (por exemplo, co-autores e autores mediatos ⁽⁸⁰⁾) como os participantes (instigadores e os que ajudam e encorajam), desde que os seus actos estejam sob a jurisdição dos tribunais. Quando seja claro, desde o início, que um determinado caso não pode dar origem a uma condenação por *Genocídio* ⁽⁸¹⁾, o procurador deve acusar apenas por *Cumplicidade em Actos de Genocídio* ou, o que é exactamente o mesmo, por *Genocídio* enquanto cúmplice *lato sensu* (*sc.*, mesmo que o arguido seja considerado um autor e possa ser

⁽⁸⁰⁾ ELIES VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 191.

⁽⁸¹⁾ *Maxime*, quando o acusado não cometeu o *actus reus*; mas também nos casos em que, apesar de causar o *actus reus*, o acusado claramente não tinha a intenção genocida exigida.

condenado enquanto tal), por ter, *e.g.*, ordenado, instigado, ajudado ou encorajado o genocídio.

8.2. A segunda abordagem possível baseia-se num entendimento mais estrito da *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, que compreenderia apenas formas de imputação correspondentes à responsabilidade acessória. Neste contexto, os pleitos primários deveriam incluir qualquer modo de autoria punível nos termos do direito consuetudinário e que esteja sujeito à jurisdição dos tribunais (autoria material, autoria mediata, co-autoria, etc.) ⁽⁸²⁾, mas não as formas de participação (instigação, cumplicidade, ajuda e encorajamento), que seriam reunidas sob a noção de *Cumplicidade em Actos de Genocídio* num pleito alternativo.

8.3. Em ambas as interpretações, como a *Cumplicidade em Actos de Genocídio* não é uma infracção *a se stante* nem uma forma de imputação específica, os elementos objectivos e subjectivos da conduta variam de acordo com as diferentes formas de imputação, e é aí que devem ser encontrados. Por isso, não é possível definir uma determinada *mens rea* como aplicável em geral à *Cumplicidade em Actos de Genocídio*, quer no seu sentido amplo quer restrito.

Possivelmente, a segunda linha de raciocínio deve prevalecer. Mesmo que os redactores da Convenção sobre o Genocídio tenham utilizado a noção de cumplicidade no seu sentido mais amplo, o que não parece ser o caso ⁽⁸³⁾, o seu objectivo não pode ter sido o de afirmar que certos autores devem ser acusados como cúmplices, mas sim o de garantir que todos os implicados num genocídio possam ser responsabilizados pelo crime, independentemente da concreta forma de imputação aplicável. Além disso, a segunda perspectiva, ao contrário da

⁽⁸²⁾ Cf. KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkertafrecht. Europäisches Strafrecht. Rechtshilfe*, 3.^a ed., München, C. H. Beck: 2011, p. 151; e ALEXANDER ZAHAR, *supra* nota 61, p. 140, p. 151.

⁽⁸³⁾ Cf. *supra* nota 54.

primeira, permite a condenação de todos os autores por “cometerem” *Genocídio*, mesmo em situações de cumplicidade (em sentido lato), o que tem um efeito importante a nível simbólico: a ambiguidade do termo “cumplicidade” poderia ter o efeito indesejado de diminuir a responsabilidade dos agentes que, não tendo perpetrado *materialmente* o crime de *Genocídio*, nem por isso devem deixar de ser condenados como autores do mesmo ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸⁴⁾ Cf. WILLIAM SCHABAS, *supra* nota 75, p. 286.