

«SOBRE O BEM JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO NOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE»

Susana Aires de Sousa

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal

Agosto / 2007

“Souhaitons vivement que les efforts des Nations Unies en vue de juger les criminels de guerre d’aujourd’hui deviennent le point de départ d’une organisation permanente de la justice pénale internationale.”

VESPASIEN V. PELLA, *La Guerre-crime et les Criminels de Guerre*, 1946, p. 30

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Dos crimes contra a humanidade; 3. Do bem jurídico-penal; 4. Do bem jurídico protegido nos crimes contra a humanidade; 4.1 Da tutela da comunidade internacional; 4.2 Da tutela de bens jurídicos individuais; 4.3 Da tutela da humanidade: posição adoptada; 5. Conclusão

1. Introdução

A delimitação dos conceitos de direito penal internacional e de crime internacional têm suscitado discussão no seio doutrinal. Todavia, na sua maioria, a doutrina tem entendido por direito internacional penal, em sentido formal, o conjunto de todas as normas de natureza penal do direito internacional que ligam a uma conduta determinada – os crimes internacionais – certas consequências jurídicas reservadas ao direito penal¹. Estes

¹ Cf. TRIFFTERER, Otto, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, 1966, *apud* AMBOS, Kai, «La construcción de una parte general del derecho penal internacional», *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional*, Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 13.

crimes internacionais são analisados segundo uma estrutura tripartida proveniente de Nuremberga, concretamente do artigo 6.º do Estatuto do Tribunal Penal Militar (anexo ao Acordo de Londres celebrado em 1945): são, neste sentido, crimes internacionais os crimes contra a paz, de guerra e contra a humanidade. Neste trabalho toma-se por objecto de estudo os crimes contra a humanidade e, em particular, aquilo que confere materialidade necessária a determinadas condutas, justificando e legitimando a intervenção do ramo jurídico que prevê as sanções mais graves: o direito penal. Torna-se pois necessário identificar os interesses, os bens, que constituem objecto de tutela destas incriminações e, do mesmo passo, as legitimam, concedendo a determinadas condutas – aquelas que os violam de forma grave – dignidade penal.

Muito embora estes valores internacionalmente reconhecidos se tenham consolidado ao longo de séculos, só em tempos recentes, muito por obra do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), os chamados crimes internacionais conheceram uma maior sedimentação formal e material. Foi longo o caminho que conduziu a este desfecho ainda distante de um resultado final, mas perto de uma sólida base para o desenvolvimento deste novo e autónomo ramo do direito, ao qual têm sido atribuídas diversas designações: direito penal interestatal, direito penal universal, direito penal internacional público, direito das infracções internacionais²... O nosso propósito consiste em analisar os crimes contra a humanidade consagrados no Estatuto do TPI e hoje transpostos para legislações nacionais³, de modo a identificar os interesses protegidos. A materialização destes interesses constitui um forte auxílio quer na interpretação e aplicação daqueles tipos penais pelas ordens nacionais vinculadas ao Estatuto, quer na construção de um direito penal substantivo de natureza internacional, auxiliando o estudo da parte geral do direito penal internacional.

Algumas razões ditaram a escolha deste tema: desde logo, a impossibilidade pela economia desta exposição de nos debruçarmos sobre o objecto de tutela de todos os crimes internacionais; em segundo lugar, as divergências doutrinárias que estes crimes em concreto têm suscitado quanto à natureza colectiva ou individual do seu objecto de tutela; em terceiro lugar, a importância que a determinação do bem-jurídico tutelado tem na delimitação das condutas abrangidas por estes crimes e, conseqüentemente, na

² Sobre estas diversas designações GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional. Especial*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 26. Também PIPAÓN Y MENGES, Javier Sáenz de, «El poder y la legalidad en el derecho penal internacional», *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 996 e ss.

³ Portugal adaptou a sua legislação penal ao Estatuto de Roma através da Lei n.º 31/2004, de 27 de Julho. A aceitação da jurisdição do TPI implicou a modificação do texto constitucional português aditando-se, em 2001, ao artigo 8.º, um novo número (n.º 7) onde se prevê uma cláusula genérica de recepção daquele Estatuto. Sobre esta modificação veja-se CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 248 e ss.

concretização da ilicitude própria dos crimes que se consideram contra a humanidade; depois, as importantes consequências que o estudo do bem jurídico tutelado acarreta no tratamento de outras questões substantivas, *n.g.*, em matéria da tentativa ou de concurso de crimes; por fim, a reflexão sobre aquilo que distingue o crime contra a humanidade.

2. Dos crimes contra a humanidade

Os últimos séculos assistiram à afirmação da universalidade dos direitos humanos, o que determinou o progressivo reconhecimento desses direitos por parte de Estados nacionalmente soberanos. Como sublinha Jescheck, a dignidade humana, já antes da segunda guerra mundial, tinha ultrapassado o domínio reservado dos Estados, tornando-se um problema de ordem internacional⁴. À medida que se afirma a dignidade humana questiona-se o limite da soberania estadual. Nas palavras de Anabela Rodrigues, «depois da universalidade dos direitos humanos nasceu a ingerência. A soberania passa a exercer-se no quadro do direito internacional, que lhe limita as manifestações discricionárias»⁵. Vivemos pois o tempo da afirmação dos direitos humanos, tempo propício à construção da armadura necessária à sua protecção. Se por um lado se ganhou a batalha necessária ao reconhecimento destes direitos, continua a luta pela sua efectivação, estando ainda distante o tempo de uma estabilidade da justiça penal internacional. Paula Escarameia refere que o tempo que vivemos é simultaneamente o melhor dos tempos porque temos a oportunidade de escolher e construir soluções com reflexo no paradigma jurídico-internacional futuro e, conseqüentemente no mundo em que viveremos amanhã, e o pior dos tempos que se reflecte no confronto de visões divergentes entre Estados que ratificam e tomam como pertencente ao seu direito o TPI e aqueles que resistem e se opõem ao seu triunfo. Aliás, este tribunal «é, provavelmente, o exemplo institucional mais acabado de um mundo jurídico-internacional em transição, combinando características de um modelo que passou e anunciando outras de um modelo que estará para chegar, numa bem sucedida mediação de tensões entre princípios contrários que originaram os compromissos presentes nas normas do seu Estatuto»⁶.

⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, «Crimes du droit des gens», *RIDP*, 26ème Année (1955), p. 546.

⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda, «Princípio da jurisdição penal universal e Tribunal Penal Internacional – exclusão ou complementaridade», *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos*, org. Goethe-Institute de Lisboa, Lisboa: Fim de Século-Edições, 2003, p.58. Veja-se também de MOREIRA, Adriano, «A Jurisdição Penal Internacional», *RFDUL*, Coimbra: Coimbra Editora, Vol. XLIV (2003), p. 500 e ss.

⁶ ESCARAMEIA, Paula, «Prelúdios de uma nova ordem mundial: o Tribunal Penal Internacional», *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos*, *op. cit.*, p. 123.

Uma das conquistas fundamentais nesta luta pelo reconhecimento dos direitos humanos concretizou-se na escolha e definição dos crimes que são da competência do TPI. O artigo 5.º do Estatuto do TPI, aprovado em Roma a 17 de Julho de 1998, em vigor a partir de 11 de Abril de 2002, enuncia os crimes atribuídos à sua jurisdição: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. Os artigos seguintes (artigos 6.º a 8.º) definem com maior precisão cada um daqueles crimes⁷. O artigo 7.º deste Estatuto tipifica os crimes contra a humanidade. Nele se prevêem actos que, como parte de um ataque generalizado ou sistemático, se dirigem contra uma população civil, com conhecimento desse ataque. No parágrafo 1.º descrevem-se em particular esses actos: homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de população; prisão ou outra forma de privação grave da liberdade física, em violação das normas fundamentais de direito internacional; tortura; violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; perseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou sexuais de acordo com a definição do n.º 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos em direito internacional, relacionada com qualquer acto referido neste número ou com qualquer crime da competência do Tribunal; desaparecimento forçado de pessoas; crime de *apartheid*; outros actos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento ou ferimentos graves que afectem a saúde mental ou física. Os parágrafos 2 e 3 do mesmo artigo esclarecem e definem alguns dos conceitos usados no parágrafo 1.º.

A definição de crime contra a humanidade prevista neste Estatuto representa o ponto alto de um longo processo diplomático que durou mais de 50 anos⁸, em boa parte registado pela história do século XX. Este texto constitui «o culminar de um processo de matriz declaradamente histórica que se iniciou com o Acordo de Londres de 8 de Agosto de 1945, em cujo Anexo figura a Carta do Tribunal Militar Internacional, onde está vertida

⁷ Com excepção do crime de agressão, incorporado no Estatuto sob reserva de uma posterior definição, nos termos do artigo 5.º, n.º 2. Para maiores desenvolvimentos, AMBOS, Kai, «Sobre ele fundamento jurídico de la corte penal internacional. Un análisis del Estatuto de Roma, RDPC, n.º 5 (2000), p. 147 e ss.

⁸ Em 11 de Dezembro de 1946 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovava, através da Resolução 95, a actuação do Tribunal de Nuremberga. A partir de então a Comissão de Direito Internacional iniciou os seus trabalhos para a elaboração de um Projecto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade e um Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Sobre os trabalhos realizados por esta comissão e os sucessivos projectos apresentados veja-se, por exemplo, TRIFFTERER, Otto, «Efforts to Recognize and Codify International Crimes», RIDP, Vol. 60, p. 31, *Commentary on...*, *op. cit.*, article 7, e GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, 1999, p. 61.

a primeira definição de crimes contra a humanidade»⁹. Não obstante, são vários os documentos históricos anteriores que fazem referência a actos contrários às leis da humanidade. Particular importância tem a chamada “cláusula Martens”¹⁰, integrada na Convenção de Haya de 1907, ou a Declaração de 1915 dos Governos de França, Reino Unido, Rússia que considera o extermínio dos arménios pelo Governo turco como crimes contra a humanidade e civilização. Também na conferência de Paz preliminar de Paris se propôs o julgamento das violações das leis e costumes de guerras assim como das leis da humanidade. Todavia, o Tratado de Versalles acabaria por não incorporar esta bipartição e, conseqüentemente, por não estabelecer qualquer antecessor do crime contra a humanidade. Somente depois da segunda Guerra Mundial e após as atrocidades cometidas durante o conflito, se iniciava com maior vigor uma discussão diplomática e doutrinal sobre o conceito e conteúdo dos crimes contra a humanidade. Como refere Alicia Gil Gil, foi neste contexto que se desenvolveu a noção de crimes contra a humanidade em sentido técnico, em especial graças aos esforços da *United Nations War Crimes Commission*, criada a 20 de Outubro de 1943 para a investigação dos crimes de guerra¹¹. O texto definitivo do Estatuto do Tribunal Militar Internacional reconhecia, no seu artigo 6.º (c), os crimes de lesa-humanidade. Todavia, exigia-se que esses crimes estivessem relacionados com uma situação de guerra: cabiam na jurisdição do tribunal «homicídio, extermínio, escravidão, deportação e outros actos inumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra (...)»¹². As competências do Tribunal, no que se refere ao conhecimento dos crimes contra a humanidade, ficam assim limitadas através da exigência desta conexão. Deste modo, o crime contra a humanidade, em Nuremberga, é meramente uma extensão do crime de guerra a outros sujeitos passivos não cobertos pelas leis e costumes da guerra¹³. E, apesar de a doutrina discutir com maior vigor a necessidade de autonomizar os crimes

⁹ Para maiores desenvolvimentos ASSUNÇÃO, Maria Leonor, «Apontamento sobre o crime contra a humanidade», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra Editora, 2001, p. 83.

¹⁰ Esta cláusula significa que os habitantes e beligerantes ficam sob protecção e sujeitos aos princípios dos direitos das gentes e às leis da humanidade. Mais desenvolvidamente BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 62; GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 107. Esta cláusula aparece, no entanto, pela primeira vez no Preâmbulo da Convenção de Haya de 1899 e deve o seu nome à declaração lida pelo Professor Fiodor von Martens, delegado de Rússia nessa Conferência. Sobre a origem e dificuldades de interpretação desta cláusula veja-se TICEHURST, Rupert, «La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados», *RICR*, n.º 140, pp. 131-141.

¹¹ GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 110 e ss. Também BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Humanity*, *op. cit.*, p. 69 e ss.

¹² A Carta ou Estatuto do Tribunal Militar Internacional encontra-se disponível em http://www.icls.de/dokumente/imt_statute.pdf

¹³ Mais desenvolvidamente BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Humanity*, *op. cit.*, p. 69 e ss; do mesmo autor, *International Criminal Law*, vol. I, New York: Transnational Publishers, 1999, p. 521 e ss; Gil GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 117.

contra a humanidade das situações de guerra, o artigo 5.º do Estatuto do TPI para a antiga Jugoslávia continuou a exigir que esses crimes decorressem no âmbito de um conflito armado. Por sua vez, o artigo 3.º do Estatuto do TPI para o Ruanda prescindiu desta ligação, o mesmo sucedendo no artigo 7.º do Estatuto do TPI.

O conceito de crime contra a humanidade tem evoluído, fruto do amadurecimento do direito humanitário, das convenções e tratados celebrados neste âmbito, dos costumes e princípios gerais que se afirmam internacionalmente, das decisões proferidas pelos tribunais internacionais e dos estudos e escritos publicados pela doutrina. Esta evolução revelou a dignidade própria e autónoma dos crimes contra a humanidade, agora formalizada no Estatuto do TPI. O artigo 7.º deste Estatuto «representa, indubitavelmente, um momento de maturidade no processo de positivação iniciado com a Carta de Nuremberga e continuado, sob a forma de tentativa, no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas»¹⁴.

Julgamos que esta autonomia se fundamenta, desde logo, no objecto de tutela destes crimes, ou, dito de outra forma, no bem jurídico-penal que através delas se visa proteger. A análise do bem jurídico protegido nos crimes contra a humanidade potencia o desenvolvimento de duas importantes vertentes do estudo do direito penal internacional: permite, a montante, fundamentar a autonomia dos crimes contra a humanidade e servir como padrão crítico na interpretação, aplicação e eventual alargamento desta categoria de crimes; participa, a jusante, na tentativa de construir uma Parte Geral do Direito Penal Internacional, esforço que tem vindo a ser desenvolvido por alguma doutrina¹⁵. Deste modo, faz sentido que dediquemos algumas palavras a esta categoria da infracção criminal e às funções que lhe compete desempenhar no quadro da legitimação penal. No entanto, esta operação é meramente instrumental estando funcionalizada a um passo posterior: o estudo do bem jurídico-penal tutelado através dos crimes contra a humanidade.

3. Do bem jurídico-penal

O exercício do *ius puniendi* encontra a sua legitimidade na função, reconhecida ao direito criminal, de proteger subsidiariamente bens jurídicos. Em volta desta categoria

¹⁴ ASSUNÇÃO, Maria Leonor, «Apontamentos...», *op. cit.*, p. 93.

¹⁵ Veja-se, por exemplo, o estudo de AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*, Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. E ainda do mesmo autor, AMBOS, Kai, «La construcción de una parte general del derecho penal internacional», *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional*, Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 13- 49.

dogmática gira não só a sistemática dos factos puníveis como o conceito material de crime e a fundamentação do ilícito penal. A determinação do bem jurídico tutelado através da criminalização de determinadas condutas constitui um *primum*, um critério legitimador da intervenção punitiva que se projecta na restrição de direitos fundamentais. Daí que se reconheça ao conceito de bem jurídico-penal, enquanto padrão da incriminação, uma função crítica, mas se assinala igualmente uma função dogmática, enquanto substrato material necessário à espessura da ofensa, de forma a graduá-la como de lesão ou de perigo, e ainda uma função interpretativa e sistemática, cumprida na ordenação das normas incriminadoras contidas na Parte Especial de uma codificação penal¹⁶. Do cumprimento destas funções decorre a mais-valia do conceito de bem jurídico na construção de um direito penal legitimado, reconhecido como valioso e fundamental à realização humana em sociedade¹⁷.

Todavia, definir bem jurídico-penal não é tarefa fácil. São várias as tentativas realizadas pela doutrina para definir um conceito de bem jurídico, seja acentuando uma perspectiva mais personalista seja atribuindo-lhe uma natureza funcional. Os bens jurídicos penais são, para alguns autores, «aqueles pressupostos valiosos e necessários para a existência humana»¹⁸; para outros representam «aqueles objectos dos quais o homem precisa para a sua própria livre auto-realização»¹⁹; ou ainda uma «relação real da pessoa com um valor concreto reconhecido pela comunidade jurídica (...) na qual o sujeito de direito se desenvolve pessoalmente com a aprovação do ordenamento»²⁰; há autores que identificam os bens jurídicos com «interesses da vida da comunidade a que o direito penal concede protecção»²¹; os bens jurídico-penais também são definidos como «circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e para o seu livre desenvolvimento no âmbito de um sistema social global estruturado ou para o funcionamento do próprio sistema»²²; já foram descritos como «unidades sociais de funções», ou seja, entidades instrumentais

¹⁶ Sobre as funções desempenhadas pela categoria de bem jurídico *vide* FIANDACA, Giovanni, «Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale», *RIDProcP*, ano XXV (1982), pp. 43 e ss.

¹⁷ Mais desenvolvidamente veja-se o nosso estudo *Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 171 e ss.

¹⁸ MAYER, Hellmuth, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, W. Kohlhammer Verlag: Stuttgart/Berlin/Köln/ Mainz, 1967, p. 52.

¹⁹ MARX, MICHAEL, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG, 1972, pp. 84 e ss. e 89.

²⁰ OTTO, «Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand», *apud* FIANDACA, Giovanni, «Il “bene giuridico”...», *op. cit.*, p. 48.

²¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1981, p. 350.

²² ROXIN, Claus, *Derecho penal*, Madrid: Civitas, reimp. 2000, p. 56.

necessárias para o funcionamento do próprio sistema social²³; uma outra concretização do bem jurídico-penal fá-lo coincidir com as «expectativas imprescindíveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e exigida pelas normas»²⁴; o bem jurídico é ainda definido como «a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo Estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso»²⁵; «pedaços da realidade que se afirmam como valores numa teia de relações axiológicas e não só que se refractam (...) nos crimes contra a vida, a integridade física, a honra, o património, a segurança interna e externa do Estado»²⁶, ou ainda como «objecto de valor experimentado como fundamental pela comunidade de sujeitos na perspectiva da sua realização individual e social»²⁷.

O conjunto e a diversidade das noções apresentadas demonstram a dificuldade em apontar um conceito definitivo, acabado e positivo que possa servir, de forma segura, como critério de incriminação²⁸. Exigir ao conceito de bem jurídico-penal a função de indicar a conduta é um erro, capaz de causar o fim desta categoria jurídico-criminal, em que incorrem alguma teorias: ou porque se mostram demasiado extensas, como é o caso das teorias que remetem o conteúdo do conceito para valores intrínsecos ao direito, normativizados pelo legislador penal, regredindo no tempo ao fazer «depender da benevolência das leis criminais a liberdade do cidadão»²⁹; ou, ao contrário, porque se revelam acanhadas, como acontece com as teorias iluministas e neo-iluministas que, ao identificarem o bem jurídico com direitos subjectivos ou interesses individuais, são por isso inidóneas para justificar a proibição de determinadas condutas referidas a interesses colectivos, como o ambiente, o terrorismo, a corrupção, o peculato ou a fraude fiscal³⁰.

Não sendo possível encontrar uma definição exaustiva de bem jurídico, cabe acentuar a sua função negativa de legitimação: pese embora o bem jurídico não forneça a

²³ RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Die verschiedenen Aspekte des Rechthsgutbegriffs», *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1970, p. 151.

²⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 45.

²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 43.

²⁶ COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, Coimbra: João Abrantes, 1999.

²⁷ Cf. DIAS, Augusto Silva, «*Delicta in se*» e «*Delicta mere prohibita*»: uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica, Lisboa, 2001, p. 669.

²⁸ Neste sentido, HEFENDEHL, Roland, «Debe ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto», *Anales de Derecho*, n.º 19 (2001), p. 148. A dificuldade em definir o conceito de bem jurídico é também posta em evidência por STRATENWERTH, Günter «Zum Begriff des «Rechthsgutes»», *Festschrift für Theodor Lenkner zum 70 Geburtstag*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998, p. 378.

²⁹ Recorremos às palavras de MONTESQUIEU, para ilustrar o resultado formal a que conduzem as propostas daqueles autores cf. *De l'esprit des lois*, Paris: CF Flammarion, 1979, p. 328.

³⁰ Neste sentido, FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e Ragione*. Roma: Editori Laterza, 1990, p. 473.

conduta que tem de ser incriminada, indica, juntamente com os princípios do direito penal da fragmentariedade, da subsidiariedade e de *ultima ratio*, a montante, e com as finalidades das penas, a jusante, o que pode ser legitimamente tutelado através deste ramo do direito³¹. Queremos com isto concluir que a tutela de um bem jurídico deve ser condição necessária mas não condição suficiente para que se justifique a proibição e a punição penal. Todavia, para que funcione como «indicador último do conceito material de crime»³², o conceito de bem jurídico tem de estar referido, na sua materialidade, ao exterior das normas penais, àquilo que a comunidade considera valioso; por outras palavras, o bem jurídico-penal há-de ser expressão das condições essenciais da realização humana em sociedade, reflectidas nos valores do Estado social de direito. É a preservação daquelas condições essenciais da realização humana em sociedade que constitui um dos parâmetros da intervenção penal legitimada. Assim há-de ser no direito penal internacional. Só desta forma o bem jurídico-penal poderá servir, por um lado, de padrão crítico de normas constituídas e a constituir e, por outro, de critério legitimador da criminalização; algo trans-sistemático relativamente à incriminação mas politicamente orientado e reconhecido pela comunidade internacional como condição essencial.

A estreita ligação à realidade social confere ao bem jurídico não só uma importância decisiva na conformação do ilícito mas também um papel fundamental na delimitação da actuação penal. No entanto, a realidade social não é estanque mas dinâmica, e, por conseguinte, também os bens jurídico-penais expressam a evolução da conjuntura social. A função de tutela de condições essenciais da realização humana em sociedade, reconhecida ao direito penal, não pode querer significar que o direito penal se encontra fechado à evolução histórica e às modificações sociais³³. Também o direito penal, como todo o direito, está numa relação de (quase) concomitância ou co-existência indivisa com a realidade social. O modo como o direito penal há-de responder aos problemas colocados por aquelas mutações, determina o confronto aberto entre *garantismo* e *funcionalismo* no âmbito do direito penal. Para alguns autores, as profundas transformações culturais, tecnológicas e estruturais da actual civilização sócio-política fizeram surgir novos fenómenos criminais que determinaram, por sua vez, renovadas exigências de tutela penal, por exemplo, no âmbito da criminalidade organizada, da economia, do meio ambiente, do consumo... Estas novas realidades reclamam, mais das vezes, o recurso a uma tutela

³¹ Cf. ROXIN, Claus *Früherwürdige Tendenzen der Strafrechtreform*, apud MOCCIA, Sérgio, *Il Diritto Penale tra Essere e Valore*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 174.

³² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos...*, *op. cit.*, p. 45.

³³ Analisando em concreto esta questão, MORALES PRATS, Fermín, «Funciones del derecho penal y sociedad civil», *Il Diritto Penale alla svolta di fine millennio*, Torino: Giappichelli Editore, 1998, pp. 56 e ss.

antecipada do bem jurídico, *v. g.*, através da profusa utilização da técnica de crimes de perigo abstracto. Outros autores, olhando de forma crítica o alargamento das normas incriminadoras, consideram que o direito penal actual, outrora concebido como a «barreira intransponível da política criminal, converteu-se paulatinamente num instrumento ou “*lunga manus*” da política criminal», num «direito penal funcionalizado pela política criminal»³⁴ ao qual cabe uma função propulsiva e simbólica enquanto meio que concorre para a realização do modelo e promoção dos fins pré-figurados na Constituição. O bem jurídico enquanto *critério limitador* da intervenção penal transmuda-se para *critério fundamentador* daquela intervenção.

Se o grande risco, comprovado historicamente, de uma concepção funcional e promocional do direito penal é a transformação das normas penais num instrumento de governo, não pode deixar de se reconhecer as enormes dificuldades causadas pelo espartilho do garantismo neo-iluminista para responder às novas exigências de tutela penal. Ambas as teorias, na sua radicalidade, conduzem se não ao fim, pelo menos à imobilização da ciência do direito penal: o garantismo exacerbado e instrumentalizado aos bens jurídicos individuais converte-se num obstáculo às novas exigências colocadas ao direito penal; o normativismo funcionalizado rapidamente se converte numa capitulação incondicional ante a prática política³⁵.

O reconhecimento da tutela subsidiária de bens jurídicos como função do direito penal não obsta à abertura da legislação penal às exigências de tutela desveladas pela evolução social. Contudo, julgamos ser necessária a prévia existência do bem jurídico a tutelar para que a incriminação de condutas seja legítima. Isto é, o direito penal não pode erigir-se como impulsionador da mudança das concepções sociais dominantes, como factor revelador de novas consciências sociais e colectivas carentes de tutela penal, como criador, ele próprio, dos bens jurídico-penais. Trata-se de um ramo do direito marcado pela tragédia de «chegar sempre demasiado tarde»³⁶ e apenas poder perseguir *a posteriori* o desrespeito pelos bens jurídicos que tutela.

Creemos que a intervenção do direito penal só estará legitimada quando surja em resposta à tutela de bens jurídicos, quer de natureza individual quer de natureza colectiva. Isto mesmo pode verificar-se em dois planos distintos: o jurídico e o social. É possível

³⁴ HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 169, *apud* MORALES PRATS, Fermín, «Funciones...», *op. cit.*, pp. 58 e 59.

³⁵ No mesmo sentido, SCHÜNEMANN, Bernd «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *ADPCP*, tomo XLIX (1996), p. 189.

³⁶ Cf. PAULUS, Andreas L., «Do Direito dos Estados...», *op. cit.*, p. 91, a propósito da tragédia que persegue o Direito Penal Internacional.

confirmar, na actualidade, a existência de um processo de assimilação entre as legislações de diversos países, muito distintos entre si histórica e geograficamente, mas unidos, por um marco institucional de valores comuns, a uma mesma civilização sócio-política submetida a consideráveis mudanças e profundas transformações culturais e sociais³⁷. Por outro lado, também se verifica uma ponderação mais atenta dos novos fenómenos criminais por parte dos cidadãos. É de sublinhar, em particular, uma maior sensibilidade relativamente à problemática dos direitos humanos, ao ambiente ou mesmo a questões económicas. E quanto a alguns destes interesses colectivos, o direito penal pode e deve ser chamado ao cumprimento de uma função protectora e limitadora, por meio de uma dogmática crítica capaz de reafirmar os princípios e as garantias orientadores da acção penal na resolução de conflitos. O núcleo problemático reside na individualização das situações que podem dar lugar a autênticos objectos de tutela penal, cujo estudo pormenorizado se impõe. Uma análise verdadeiramente comprometida a esse estudo auxilia o caminho a percorrer e elimina falsos problemas a que a voracidade da evolução social induziu o direito penal³⁸.

Concordamos pois com aqueles autores que ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual *e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma*, reconhecem a existência de autênticos bens jurídicos sociais, trans-individuais, transpessoais, colectivos, cujo reconhecimento é imposto pela própria mutação da realidade social³⁹. Importante se revela, pois, uma reconsideração aprofundada, a que a doutrina deve ser chamada, destes bens colectivos⁴⁰. O critério que propomos para determinar os contornos de um bem jurídico colectivo ou supra-individual é importado da economia e traduz-se no princípio da não exclusão, segundo o qual são bens colectivos aqueles cuja utilidade aproveita a todos sem que ninguém possa dela ser excluído (inexcluíbilidade). A esta nota de inexcluíbilidade há-de juntar-se o reconhecimento desse bem como valioso à comunidade. Esse seu carácter valioso pode advir-lhe da sua própria essência necessária à sobrevivência humana – é o caso do ambiente – ou, como preferem outros autores, tratar-se de um valor deduzido a partir de dos bens jurídicos fundamentais a que servem de suporte – seria o caso da tutela penal da soberania do Estado⁴¹. Como refere Figueiredo Dias, «a verdadeira característica

³⁷ Cf. MOCCIA, Sergio, «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997, p. 117.

³⁸ Cf. SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais...*, *op. cit.*, p. 201 e ss.

³⁹ Assim DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, 2.^a ed. (no prelo).

⁴⁰ Cf. a importante monografia de HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG, 2002.

⁴¹ Cf. COSTA, António Almeida, «Sobre o crime de Corrupção. Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia “típica” das corrupções “activa” e “passiva”. Análise dogmática destes dois delitos», *Estudos em homenagem ao Prof. Eduardo Correia*, Coimbra, 1984, pp. 81 e ss.; «Artigo 217.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 748 e ss.; «A propósito do novo

do bem jurídico colectivo ou universal reside pois em que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo: nesta possibilidade de gozo reside o interesse individual legítimo na integridade do bem jurídico colectivo. Certamente, existe neste uma *relação difusa* com os usuários, o que porém não significa o carácter difuso do bem jurídico universal como tab⁴². Ora, também a tutela destes bens colectivos pode justificar a intervenção subsidiária do direito penal perante ataques mais graves que lhe sejam dirigidos.

Em nosso modo de ver é justamente um bem jurídico colectivo que se protege nos crimes contra a humanidade, como de seguida se tentará justificar.

4. Do bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade

Os crimes contra a humanidade previstos no artigo 7.º do Estatuto do TPI têm suscitado alguma discussão na doutrina acerca do bem jurídico tutelado. Os actos que constam da lista do primeiro parágrafo deverão, nos termos deste artigo, decorrer no âmbito de um “ataque generalizado ou sistemático dirigido contra a população civil”. Bassiouni qualifica este elemento como «elemento internacional ou jurisdicional» do crime contra a humanidade capaz de distinguir os crimes internacionais daqueles que devem ser nacionais⁴³. Com efeito, cada um dos actos previstos só adquire a qualidade de crime internacional se for praticado no quadro de um ataque generalizado maciço ou sistemático, na realização de uma política estadual ou de uma organização que exerça um poder de facto sobre um território⁴⁴.

Deste modo, é relativamente consensual na doutrina que ao sujeito activo destes crimes deve exigir-se um domínio jurídico ou de facto da situação política. Preenchem este elemento quer actos de um governo, quer actos de uma organização ou grupo que tenha alcançado o poder governamental ou domine de facto uma parte do território. Ficam, no entanto, excluídas organizações que realizem aquelas condutas e possam ser reprimidas no

Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar”. Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1059.

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, *op. cit.*

⁴³ BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Humanity*, *op. cit.*, p. 243.

⁴⁴ Maria Leonor ASSUNÇÃO vê neste elemento a referência a uma relação de poder estabelecida entre os órgãos do Estado (ou uma organização) e a população que, violada nos seus limites, fundamenta e legitima a qualificação da conduta como crime contra a humanidade com a índole de crime internacional, cf. «Apontamento...», *op. cit.*, p. 96.

quadro do direito interno como por exemplo organizações mafiosas ou de extremistas⁴⁵. Afirmar-se, também por esta via a natureza subsidiária do Direito Internacional Penal como também, em nosso modo de ver, a sua necessidade: sendo o Estado em primeira instância responsável pela protecção dos direitos humanos, torna-se necessária a intervenção supra-estadual para remir as lacunas geradas nessa tutela pela anulação do Estado de direito. Também na luta contra os crimes internacionais o Estatuto de Roma prevê, nos artigos 17.º, 18.º, e 19.º, o princípio da complementaridade, nos termos do qual o TPI só intervém em casos de demissão do poder punitivo dos Estados ou do seu não exercício em termos adequados.

As condutas previstas no artigo 7.º do Estatuto – homicídio, extermínio, tortura, agressões sexuais, escravatura... – são igualmente punidas pelos sistemas jurídicos nacionais, protegendo bens jurídicos individuais como a vida, a integridade física, a autodeterminação sexual ou a liberdade. Serão estes bens individuais os mesmos que são tutelados internacionalmente nos crimes contra a humanidade ou, pelo contrário, estamos na presença de um novo bem jurídico autonomamente protegido?

No que diz respeito ao objecto de tutela dos crimes contra a humanidade e consequentemente à sua ilicitude, julgamos ser possível autonomizar três modelos distintos, cada um deles acentuando um dos elementos normativos que delimitam estes crimes.

4.1. Da tutela da comunidade internacional

Segundo o primeiro destes modelos, é nota característica dos crimes contra a humanidade a ocorrência dos actos realizados se enquadrarem no âmbito de um ataque sistemático ou generalizado dirigido contra a população civil. Poderia defender-se que este elemento internacional concede ao crime contra a humanidade um carácter unitário ou global capaz de reduzir a uma unidade continuada todos os actos cometidos no quadro daquele ataque sistemático. Seria a circunstância de a pluralidade de actos decorrer no âmbito da mesma situação exterior que conferiria àquela pluralidade a aparência de uma certa unidade ou continuidade e justificaria a sua punição como *um* crime contra a humanidade. Num modelo deste tipo, o objecto de protecção ficaria distante dos bens jurídicos individuais – a vida, a integridade física, a liberdade ou a autodeterminação sexual

⁴⁵ Cf. GIL GIL, Alicia, «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de “Los Elementos de los Crímenes”», *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 73-74.

– lesados com a prática de cada um daqueles actos considerados isoladamente. Na verdade, o conjunto daqueles actos representaria um ataque contra a comunidade internacional⁴⁶.

Uma concepção deste tipo tem merecido, no entanto, algumas reservas por parte da doutrina. Segundo Alicia Gil Gil considerar o crime contra a humanidade como um único delito, em lugar de considerar cada uma das acções individuais como um crime contra a humanidade, supõe uma desconformidade punitiva que favorece o agente do crime já que o aumento do ilícito que implica cada um dos actos (*v. g.*, diversas mortes) não teria um reflexo na pena semelhante ao que aconteceria se o agente fosse punido em concurso real de crimes (por vários homicídios). No entanto, como reconhece a autora, essa desconformidade pode acabar por diluir-se dependendo do sistema de punição do concurso que se segue, assim como da fixação de um limite máximo à pena do concurso prevista em alguns ordenamentos jurídicos, desta forma se aproximando o limite máximo da pena do concurso do limite máximo da pena aplicável ao crime contra a humanidade⁴⁷. Todavia, permanece a reserva dirigida a este modelo de não esgotar, na determinação da pena aplicável, os ilícitos perpetrados pelo agente aquando da realização da cada uma das mortes, das violações, dos sequestros... por si realizados. Na verdade, julgamos que este modelo violaria o mandato que recai sobre o tribunal de esgotar toda a matéria ilícita que lhe é submetida⁴⁸.

4.2 Da tutela de bens jurídicos individuais

Um segundo modelo traduz-se em conceber o crime contra a humanidade como um outro nível de protecção de bens jurídicos individuais, devendo o tribunal conhecer autónoma e isoladamente de todos os actos realizados pelo agente. Desta forma, a tutela do indivíduo constitui também o núcleo central do bem jurídico protegido pelos crimes contra a humanidade. Também ao nível internacional se tutelam bens jurídicos individuais – a vida

⁴⁶ Próximo da concepção exposta ficou o TPI para a antiga Jugoslávia no caso Erdemovic ao condenar este agente pela prática de crime contra a humanidade sem ter em conta as acções concretas cometidas, cf. GIL Gil, Alicia, «Los crímenes», *op. cit.*, p. 77.

⁴⁷ É assim por exemplo no sistema jurídico-penal português pois, nos termos do artigo 77.º, n.º 2, do Código Penal, a pena aplicável ao concurso efectivo de crimes não pode ultrapassar os 25 anos de prisão. Ora, segundo o disposto no artigo 9.º da Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho, que adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto TPI, os crimes contra a humanidade são puníveis com pena de prisão de 12 a 25 anos de prisão. De referir, no entanto, que antes desta lei, o Código Penal punia já os crimes contra a humanidade nos artigos 239 a 245.º. Sobre estas normas, ANTUNES, Maria João, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, pp. 559-560 e 570 e ss.

⁴⁸ Também Leonor Assunção se mostra crítica quanto a um modelo deste tipo sublinhando a vaguidade da comunidade internacional enquanto objecto de protecção penal, cf. «Apontamento...», *op. cit.*, p. 101.

humana, a saúde, a liberdade...— em situações de ataque maciço ou sistemático, realizados pelo próprio poder político ou organizações que dominem esse poder⁴⁹.

Embora este modelo possua a vantagem de não representar um benefício autónomo para o agente na medida em que cada bem jurídico individual lesado pelo agente é ponderado e conhecido pelo tribunal, duvidamos que essa ponderação esgote a apreciação de todo o sentido de ilícito realizado pelo agente. Com efeito, não nos parece que o sentido de ilicitude revelado pelo acto isolado de um homicida seja igual ao sentido de ilicitude manifestado por quem, ao matar, comete um crime contra a humanidade. Se o crime contra a humanidade implica um homicídio ou uma violação ou um sequestro, o inverso não é verdade. Ora, se é assim, para que o acto de matar alguém seja dotado da ilicitude (agravada) capaz de o qualificar como crime contra a humanidade é necessário que através desse acto se viole o bem individual e “*algo*” mais.

4.3 Da tutela da humanidade: posição adoptada

Somos pois chegados ao último modelo – por nós seguido em consonância com as reflexões que atrás expusemos acerca dos crimes contra a humanidade (ponto 2) e da categoria bem jurídico-penal (ponto 3).

Entendemos que o bem jurídico penalmente protegido nos crimes contra a humanidade coincide com a dignidade humana. São conhecidas as reticências à admissão da dignidade humana como objecto de protecção penal. Aponta-se, desde logo, a sua natureza vaga e a dificuldade em concretizá-la enquanto valor jurídico a proteger. Trata-se, é certo, de um valor de concretização difícil mas que, com o auxílio dos estudos doutrinários, de trabalhos legislativos e de decisões jurisprudenciais, tem vindo a concretizar-se, ao ponto de podermos hoje considerar a humanidade como uma autêntica categoria jurídica⁵⁰. Conclusão que se confirma se se atentar na própria evolução histórica dos crimes contra a humanidade cuja autonomia se foi progressivamente afirmando desde a definição de Nuremberga até à sua consagração no Estatuto de Roma de 1998. Os crimes contra a humanidade não só se autonomizaram em face dos crimes de guerra e dos conflitos armados, como se tipificaram nos seus traços essenciais. Embora se tenha

⁴⁹ Neste sentido, GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 27 e ss., *El Genocidio y Otros Crímenes Internacionales*, Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente, 1999, p. 17 e ss., «Los crímenes...», *op. cit.*, p. 75 e ss. Também ASSUNÇÃO, Leonor, «Apontamento...», *op. cit.*, p. 99 e ss.

⁵⁰ DELMAS-MARTY, Mireille, *Crimes Internationaux et Jurisdictions Internationales*, Paris: Puf, 2002, p. 63.

alargado, no Estatuto de Roma, a lista dos crimes⁵¹ contra a humanidade – consequência, julgamos, da própria densidade e consistência que estes crimes tem vindo a ganhar na comunidade internacional – estreitaram-se, por outra via, as condições e os pressupostos da sua ocorrência.

Entre as condições e pressupostos referidos no artigo 7.º do Estatuto assume particular importância a referência a um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. Trata-se de um elemento essencial para distinguir o bem aqui tutelado dos bens individuais protegidos através da incriminação do homicídio, da violação, da tortura, do sequestro... O contexto em que é cometido o crime demonstra uma especial ilicitude, uma ilicitude agravada face aos crimes previstos nas ordens nacionais. Ilicitude agravada que é também manifestação daquilo que se protege através destas normas. O ataque individualizado constitui apenas o meio através do qual se concretiza o ataque ao sentir colectivo de humanidade. Na verdade, não é somente a dignidade humana da pessoa morta ou violada que se lesa. Antes a forma como o crime é perpetrado coloca em causa aquilo que é hoje um valor comum duramente conquistado: a dignidade da humanidade. Ao dano de cada vida humana violada, de cada liberdade individual que se restringe, acrescenta-se nos crimes contra a humanidade, um outro dano experimentado pela comunidade internacional ao despersonalizar-se aquela vida, ou liberdade individual. São para nós claras e sintetizadoras as palavras de Mireille Delmas-Marty, que nos seus textos tem sublinhado a necessidade concretizar o conceito de humanidade: «esta despersonalização da vítima põe de facto em causa a alteridade, ou seja, a singularidade de cada homem como ser único e a sua igual pertença à comunidade humana»⁵².

À dignidade humana na sua dimensão individual junta-se então uma dimensão ou vertente colectiva: ambas integram um conceito amplo de dignidade humana. Assim se compreende que um acto homicida isolado deste contexto não lese a humanidade na sua dimensão colectiva, mas, por sua vez, o acto de matar alguém no contexto de um ataque geral e sistemático contra uma população constitua um crime contra a humanidade.

Nesta vertente a dignidade humana assume um fundamento colectivo. Trata-se, quanto a nós, de um bem jurídico colectivo porque que pertence à comunidade internacional, onde todos nos englobamos e de onde ninguém pode ser excluído. Neste sentido, «é a identidade da vítima, a Humanidade, que faz o crime contra a Humanidade».

⁵¹ Lista que, como refere DELMAS-MARTY, Mireille, *Crimes Internacionaux...*, *op. cit.*, p. 63, sendo um pouco a lista dos medos do momento, permanece ainda um pouco geral e vaga obrigando os juizes a uma interpretação algo criativa à margem do princípio da legalidade criminal.

⁵² Cf. «O direito penal como ética da mundialização», *RPCC* (2004), p. 292.

O desafio consiste então em concretizar os actos que atentam contra esta vertente colectiva da humanidade. Ora, é justamente esta tarefa que o Estatuto procura realizar ao descrever os comportamentos que atacando bens jurídicos individuais lesam a dignidade humana (colectiva). O bem jurídico individual (a vida, a integridade física, a liberdade) lesado faz parte integrante deste autónomo bem que é dignidade humana. O valor individual que também se tutela por esta norma serve como meio de protecção da própria humanidade, emprestando o seu valor à tutela de um bem-fim: a dignidade humana enquanto valor comum à humanidade. Ao violar-se aquela vida anónima, despersonalizando-a, desumanizando-a, reduzindo-a a zero, num quadro de um ataque sistemático a uma população, é também a humanidade que todos nós partilhamos que se aniquila.

Isto significa que há algo mais que se procura proteger com aquela incriminação para além daquele bem-meio, que sofre a acção; trata-se de um valor comum sentido, reconhecido e partilhado pela comunidade internacional enquanto verdadeiro sujeito passivo daquela ofensa. Este bem jurídico protegido é pois a dignidade humana na sua camada colectiva. A ele deve exigir-se que cumpra as funções reconhecidas a esta categoria da infracção criminal, designadamente, deve servir como padrão crítico da incriminação: apenas será legítima a criminalização de condutas capazes de ofender, aos olhos da comunidade internacional, a dimensão colectiva da humanidade.

Torna-se pois necessário retirar daqui algumas conclusões: por um lado, há nos crimes contra a humanidade um fundamento colectivo que lhes concede uma ilicitude agravada perante aquele valor individual lesado; por outro lado, cada ataque dirigido a cada um daqueles bens personalizáveis constitui por si só um crime contra a humanidade.

A definição do que seja a humanidade ou a dignidade humana não é tarefa acabada mas é uma conquista gradual. Como refere Mireille Delmas-Marty, aceitemos a ideia de que esta definição é em si mesmo um processo progressivo⁵³. E, na verdade, este não é um fenómeno novo: também a liberdade, hoje tida consensualmente como um valor digno de protecção jurídico-penal se foi fixando, na sua materialidade e conteúdo, ao longo de séculos⁵⁴.

⁵³ Cf. DELMAS-MARTY, Mireille, *Trois Défis pour un Droit Mondial*, Paris: Senil Essais, 1998, p. 187.

⁵⁴ Considera GARCÍA ARAN, Mercedes, «Esclavitud y tráfico de seres humanos», *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 377, que a liberdade sofre dos mesmos problemas de concretização que a dignidade humana. Todavia, gozou de uma elaboração doutrinal considerável, o que ainda não aconteceu relativamente à dignidade humana.

5. Conclusão

Este estudo tem por referência o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade. A categoria de bem jurídico-penal, pensada pelos autores do século XIX, tem merecido, nas últimas décadas, uma forte atenção doutrinal, questionando-se, em face das profundas alterações sociais, económicas, políticas e tecnológicas, a própria sobrevivência de um paradigma que assente a função do direito penal na tutela subsidiária de bens jurídicos. Julgamos que esta categoria é ainda fundamental e necessária à legitimação das mais graves sanções jurídicas. Todavia, cremos ser necessário adaptar uma categoria pensada nos quadros do liberalismo às mudanças trazidas pelo novo milénio. É justamente neste contexto que assume especial importância o conceito de bem jurídico colectivo enquanto interesse que a sociedade considera valioso e que a todos pertence sem que ninguém possa dele excluir-se.

Paralelamente o século XX assistiu à progressiva afirmação do direito penal internacional e, no seu âmbito, à consagração dos crimes contra a humanidade. Vespasian Pella tinha razão quando, em 1946, depositava nos acontecimentos de Nuremberga a esperança de um ponto de partida para algo melhor. É neste século que a dignidade humana se assume definitivamente como um valor a proteger pelo direito penal internacional, com a previsão no artigo 7.º do Estatuto do TPI dos crimes contra a humanidade.

Temos para nós que a dignidade humana se concretiza, a partir do seu núcleo essencial, em diversas dimensões: desde logo, realiza-se em cada direito fundamental que se reconhece ao indivíduo, mas também comporta uma dimensão colectiva, pertença da comunidade internacional e tutelada pelos crimes contra a humanidade. Cada atentado contra aqueles bens jurídicos individuais, no quadro de um ataque sistemático ou generalizado a uma população civil, constitui não só uma violação da dignidade humana individual daqueles que sofreram a conduta como abala a confiança da comunidade internacional na tutela da humanidade, assim se colocando em evidência a dimensão colectiva da dignidade humana. Ora, trata-se, quanto a nós, do exemplo de um autêntico bem jurídico-penal colectivo capaz de cumprir as funções exigidas a esta categoria da infracção criminal, cujo estudo importa agora potenciar. Para além dos bens jurídicos individuais atingidos pelos comportamentos criminalizados naquela norma, tutela-se ainda aquele reduto de dignidade que transcende o homem individual e é pertença da

comunidade internacional: a humanidade. É este *plus* que confere àqueles actos uma ilicitude agravada.

A dignidade humana não é, todavia, um conceito acabado mas antes uma consciência que agora se inicia. O direito penal internacional – e os crimes contra a humanidade – fundamentar-se-á, nas palavras de Mireille Delmas-Marty, sobre valores comuns partilhados por uma comunidade internacional que não é somente um mito mas tende a tornar-se uma realidade, ainda frágil, que é preciso construir e consolidar⁵⁵.

⁵⁵ Cf. *Crimes Internationaux...*, *op. cit.*, p. 63.

LISTA BIBLIOGRÁFICA

AMBOS, Kai, «Sobre ele fundamento jurídico de la corte penal internacional. Un análisis del Estatuto de Roma», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 5 (2000), p.127-169.

—, «Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional», *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos*, Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, org. Goethe-Institute de Lisboa, Lisboa: Fim de Século-Edições, 2003, p. 129-165.

—, «La construcción de una parte general del derecho penal internacional», *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional*, Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 13- 49.

—, *La Parte General del Derecho penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*, Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor, «O tribunal internacional penal permanente e o mito de Sísifo», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8 (1998), p. 27-36.

—, «Apontamento sobre o crime contra a humanidade», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra Editora, 2001, p. 71-103.

—, «TPI e lei penal e processual penal portuguesa», *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 50-68.

ANTUNES, Maria João, «Artigos 239.º a 245.º», *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, dir. Jorge de Figueiredo Dias, Tomo II, p. 559 ss.

BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Haya: Kluwer Law International, 1999.

—, M. Cherif, *International Criminal Law*, vol. I, New York: Transnational Publishers, 1999.

CAEIRO, Pedro, «Breve anotação à jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda», *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos*, Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, org. Goethe-Institute de Lisboa, Lisboa: Fim de Século-Edições, 2003, p.209-237.

—, «O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português», *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 70-157.

CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

CASSESE, António/DELMAS-MARTY, Mireille, *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, Paris : PUF, 2002.

COSTA, António Almeida, «Sobre o crime de Corrupção. Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia “típica” das corrupções “activa” e “passiva”. Análise dogmática destes dois delitos», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em homenagem ao Prof. Eduardo Correia*, Coimbra, 1984, pp. 55-193;

—, «Artigo 217.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, dir. Jorge de Figueiredo Dias, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 274-310.

—, «A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar”. Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral». *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1035-1066.

COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, Coimbra: João Abrantes, 1999.

—, José de Faria, «Tribunal Penal Internacional: um fio de esperança?», *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 21 (2002), p. 11-13.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Trois Défis pour un Droit Mondial*, Paris: Senil Essais, 1998.

—, «O direito penal como ética da mundialização», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14 (2004), p. 286-304.

DIAS, Augusto Silva, “*Delicta in se*” e “*Delicta mere prohibita*”: uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica, Lisboa, 2001, p. 669.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

—, *Direito Penal*, 2.ª edição, 2007 (no prelo).

ESCARAMEIA, Paula, «Prelúdios de uma nova ordem mundial: o Tribunal Penal Internacional», *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos*, Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, org. Goethe-Institute de Lisboa, Lisboa: Fim de Século-Edições, 2003, p. 97-125.

ESER, Albin / ARNOLD, Jörg, «O Direito Penal como reacção às injustiças do sistema», *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos*, Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, org. Goethe-Institute de Lisboa, Lisboa: Fim de Século-Edições, 2003, p. 21-42.

FERRAJOLI, Luigi *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*, Roma: Editori Laterza, 1990.

FIANDACA, Giovanni, «Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XXV (1982), p. 42-81.

GARCÍA ARAN, Mercedes, «Esclavitud y tráfico de seres humanos», *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 355-378.

GIL GIL, Alicia, *El Genocidio y Otros crímenes internacionales*, Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente, 1999.

—, *Derecho Penal Internacional. Especial Consideración del Delito de Genocidio*, Madrid: Tecnos, 1999.

—, «Tribunales Penales Internacionales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º extraordinario 1 (2000), p. 35-57.

—, «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de “Los Elementos de los Crímenes”», *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, coord. Kai Ambos, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 75-104.

HEFENDEHL, Roland, «Debe ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto», *Anales de Derecho*, n.º 19 (2001), (también disponible en www.um.es/~facdere/revistas-anales/anales19/roland-befendehl.pdf).

—, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln / Berlin/ Bonn / München: Carl Heymanns Verlag KG, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981.

—, «Crimes du droit des gens», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 26 Année (1955), p. 503-554.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras e Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.

MARX, MICHAEL, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenstheorie*, Köln/Berlin /Bonn /München: Carl Heymanns Verlag KG, 1972.

MAYER, HELLMUTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, W. Kohlhammer Verlag: Stuttgart/Berlin/Köln/ Mainz, 1967.

MOCCIA, Sérgio, *Il Diritto Penale tra Essere e Valore*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

—, «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (libro homenaje a Claus Roxin)*, Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, pp. 113-142.

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Paris: CF Flammarion, 1979.

MORALES PRATS, Fermín, «Funciones del derecho penal y sociedad civil», *Il Diritto Penale alla svolta di fine millennio*, a cura dy Stefano Canestrari, Torino: Giappichelli Editore, 1998.

MOREIRA, Adriano, «A Jurisdição Penal Internacional», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra: Coimbra Editora, Vol. XLIV (2003), p. 499-507

MOREIRA, Vital, «O Tribunal Penal Internacional e a Constituição», *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 13-47.

KALECK, Wolfgang, «Crimes internacionais perante Tribunais Nacionais de Terceiros Estados», *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos*, Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, org. Goethe-Institute de Lisboa, Lisboa: Fim de Século-Edições, 2003.

PALMA, Maria Fernanda, «Tribunal Penal Internacional», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra: Coimbra Editora, Vol. XLIV (2003), p. 627-641.

PAULUS, Andreas L., «Do direito dos estados ao direito da humanidade», *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos*, Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, org. Goethe-Institute de Lisboa, Lisboa: Fim de Século-Edições, 2003, p. 79-93.

PIPAÓN Y MENGES, Javier Sáenz de, «El poder y la legalidad en el derecho penal internacional», *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 991-1008.

RIQUITO, Ana Luísa, «Do pirata ao general: velhos e novos *hostes hunani generis* (do princípio da jurisdição universal em direito internacional penal)», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI (2000), p. 519-573.

RODRIGUES, Anabela Miranda, «Princípio da jurisdição penal universal e Tribunal penal Internacional – exclusão ou complementaridade», *Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos*, Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, org. Goethe-Institute de Lisboa, Lisboa: Fim de Século-Edições, 2003, p.57-75

ROXIN, Claus, *Derecho penal*, trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal, Madrid: Civitas, reimp. 2000.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Die verschiedenen Aspekte des Recthsgutbegriffs», *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1970.

SCHÜNEMANN, Bernd «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIX (1996), p. 187-217.

SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

STRATENWERTH, Günter, «Zum Begriff des “Recthsgutes”», *Festschrift für Theodor Lenkner zum 70 Geburtstag*, München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1998.

TICEHURST, Rupert, «La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 140, pp. 131-141, (disponível em <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLCY>)

TRIFFTERER, Otto, «Efforts to Recognize and Codify International Crimes», *Revue Internationale de Droit Penal*, Vol. 60, p. 31-88.

—, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.