

DOS DIREITOS HUMANOS – EM ESPECIAL, OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Daniela Martins

danielamartins1995@gmail.com

Licenciada em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, colaborando actualmente como assistente de investigação da Professora Doutora Patrícia GALVÃO TELES (membro da Comissão de Direito Internacional). As suas áreas de investigação centram-se no Direito Internacional, Direito Internacional do Mar e Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Resumo

No Mundo actual de devastação, em grande parte devido a conflitos armados e tragédias humanitárias, assim como ao fenómeno do terrorismo – que tem assolado as Sociedades do Oriente ao Ocidente – ganha relevo o papel dos Estados na concretização das obrigações que assumem em relação ao respeito, protecção e realização dos direitos humanos. Quanto aos actos terroristas, não há consenso sobre a sua possível inclusão no próprio conceito «crimes contra a Humanidade», apesar de alguns Autores manifestarem a sua concordância. Perante (ainda) a inexistência de uma Convenção sobre Crimes contra a Humanidade, tais crimes internacionais – merecedores do estatuto *jus cogens* -, criam obrigações em relação aos Estados, como seja a obrigação de investigação, punição e extradição. Releva ainda, neste contexto, a Responsabilidade de proteger (ou *R2P*) na medida em que o Estado tem a responsabilidade primária de proteger as populações dos crimes contra a Humanidade.

Palavras-chave

Crimes contra a Humanidade, Direitos Humanos, Actos terroristas, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Penal

Como citar este artigo

Martins, Daniela (2018). "Dos direitos humanos – em especial, os crimes contra a Humanidade". *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 9, Nº. 1, Maio-Outubro 2018. Consultado [online] data da última consulta, DOI: <https://doi.org/10.26619/1647-7251.9.1.5>

Artigo recebido em 30 de Junho de 2017 e aceite para publicação em 31 de Janeiro de 2018





DOS DIREITOS HUMANOS – EM ESPECIAL, OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Daniela Martins

I. Introdução

A definição de crimes contra a humanidade¹, não isenta de controvérsia, tem sido fonte de incerteza e flutuação², na medida em que (ainda) não existe uma Convenção sobre crimes contra a Humanidade. A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas assumiu o projecto de uma Convenção sobre crimes contra a Humanidade para fazer face à lacuna que parece existir no ordenamento jurídico internacional. "The most frequently-mentioned candidate for rewriting is the 'policy element', which is seen by many scholars and jurists as an unnecessary impediment to prosecution."³ – de facto, a actual multiplicação de actos terroristas tem motivado a discussão do estatuto de tais actos. O terrorismo não está incluído no art. 7.º do Estatuto de Roma do TPI⁴. As decisões recentes do Tribunal Internacional Penal para a Jugoslávia (ICTY) e Ruanda (ICTR) têm reafirmado que os crimes contra a Humanidade podem ser desconectados dos conflitos armados e que o requisito da conexão estatal não é absoluto, desde que uma política organizacional possa ser estabelecida.

Os actos proibidos nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional dizem respeito à violação dos direitos humanos⁵ fundamentais, como o direito à vida e

¹ O termo *crimes de guerra* "was selected by U.S. Supreme Court Justice Robert Jackson, the chief U.S. prosecutor at Nuremberg and the head of the American delegation to the London Conference that framed the Charter. Jackson consulted with the great international law scholar Hersch Lauterpacht, but they decided to leave their deliberations unrecorded, apparently to avoid courting controversy. In 1915, the French, British, and Russian governments had denounced Turkey's Armenian genocide as "crimes against civilization and humanity," and the same phrase appeared in a 1919 proposal to conduct trials of the Turkish perpetrators", David Luban; "A Theory of Crimes Against Humanity", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 29, 2004, p. 86

² A título de exemplo, veja-se o conceito de "ataque sistemático" relativamente ao qual não há convergência, uma vez que os instrumentos internacionais têm diferido os seguintes termos: o estatuto do ICTY, adoptado em 1993, requer a existência de conflito armado; o estatuto do ICTR, adoptado um ano mais tarde, prescinde do requisito do conflito armado mas requer um motivo discriminatório. O Estatuto do TPI, adoptado em 1998, apenas requer um Estado ou organização política.

³ Darryl ROBINSON; "The draft Convention on Crimes against Humanity: What to do with thee Definition", 2014, p.3. Disponível em: <http://regnet.anu.edu.au/sites/default/files/uploads/2015-08/CAH%20What%20to%20Do%20with%20the%20definition%20Robinson%202014%2011%20later%20revs.pdf>

⁴ Vide UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.27, disponível em: http://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v1_e.pdf

⁵ Os direitos humanos apresentam-se como uma categoria jurídica. Cada direito humano constitui um determinado tipo de *standard* normativo e implica uma relação de Direito Público entre seres humanos e autoridades normativas com vista a prosseguir os valores fundamentais e a proteger as necessidades contra a interferência das autoridades públicas (dimensão vertical). A estrutura típica de um Direito Humano contém um sujeito, um objecto e um conteúdo. Vide para um maior aprofundamento Ana Maria Guerra Martins, *Direito Internacional dos Direitos Humanos - relatório*, Almedina, 2016, p 83 ss. Sobre a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, Vide Robert Alexy; "Constitutional Rights and Constitutional Review"; *Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (30 de outubro de 2012). Disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jsb_ma_16920.docx. Explica o Autor que "[t]he importance of constitutional rights stems from the fact that constitutional rights



o direito a não ser torturado (este último tem como consequência a proibição da tortura enquanto garantia) – que assumem o carácter de normas peremptórias de Direito Internacional –, assim como outras particulares ofensas concernentes a específicos direitos humanos (v.g. proibição da discriminação racial). Como afirma Hans-Peter Kaul⁶, os crimes contra a Humanidade violam directamente direitos fundamentais, podendo afectar indirectamente o gozo de quase todos os direitos humanos e liberdades. São crimes tão graves que “a moral and arguably legal duty arises to end the criminal conduct”⁷: Estados têm assim obrigações em relação a direitos humanos e liberdades, como o respeito pelos mesmos e a abstenção de actos violadores, assim como a sua protecção⁸.

II. Crimes contra a Humanidade enquanto violação de Direitos Humanos

“Crimes against humanity that are so heinous-so horrible-that are viewed as an attack on the very quality of being human”⁹

O termo *crimes contra a Humanidade* ganhou fôlego no pós 2ª Guerra Mundial¹⁰ – assim, em consonância com a própria protecção internacional dos direitos humanos que apenas se veio a realizar após tal período “como reacção às atrocidades e às violações de direitos humanos cometidas, em especial, pelo regime hitleriano”¹¹. Salienta David

are rights that have been recorded in a constitution with the – subjective or objective – intention of transforming human rights into positive law, in other words, the intention of positivizing human rights *qua* moral rights.”

⁶ Cfr. Hans-Peter Kaul, Judge and Second Vice-President of the International Criminal Court, at the international conference “The protection of Human Rights through the International Criminal Court as a Contribution to Constitutionalization and Nation – Building”, 2011. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2C496E38-8E14-4ECD-9CC9-5E0D2A0B3FA2/282947/FINAL_Speech_Panel1_HumanRightsandtheInternational.pdf

⁷ Vide, por todos, David Scheffer; “Crimes Against Humanity and the Responsibility to Protect” in Leila NADYA SADAT (ed.); *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge, 2011, p. 305

⁸ Como refere María Luísa Piqué, no campo dos Direitos Humanos, há uma obrigação negativa que obriga os Estados a respeitar os direitos ou a abster-se de os reprimir (obrigação de resultado), enquanto há outra obrigação, dita, positiva, que obriga à acção dos Estados “to ensure rights, or to take measures in order to secure human rights” (obrigação de conduta); “Beyond Territory, Jurisdiction, and Control: Towards a Comprehensive Obligation to Prevent Crimes Against Humanity” in Morten Bergsmo e Song Tianying (eds.); *On The Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2014, p. 143

⁹ Cfr. Sean D. Murphy, “New Mechanisms for Punishing Atrocities Committed in Non-International Armed Conflicts”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 298, 2015, p. 299

¹⁰ A protecção do ser humano pelo Direito Internacional teve lugar ainda antes da 2ª Guerra Mundial. São manifestações de tal protecção a intervenção humanitária, a inclusão de disposições relativas à protecção de certos direitos em determinados Estados, os regimes particulares de protecção convencional que se dirigiam às vítimas de conflitos armados, entre outros aspectos. No entanto, a protecção internacional dos direitos humanos apenas veio a realizar-se na sua plenitude após a 2ª Guerra Mundial, momento a partir do qual se assiste ao reconhecimento dos direitos humanos com carácter global e universal – assim, da barbárie cometida pela Alemanha nazi ascendeu a noção moderna de direitos humanos e o desenvolvimento da justiça internacional.

¹¹ Assim Ana Maria Guerra Martins; *Direito Internacional dos Direitos Humanos - relatório*, Almedina, 2016, p. 100.

Vide também Hannah Arendt, que descreve o Holocausto como um novo crime, um crime contra a Humanidade, no sentido de um crime contra o estatuto de ser humano, contra a sua própria natureza; *Eichmann in Jerusalem: A report on the banality of evil*, 1965, p. 268



Luban¹² que a expressão “crimes contra a Humanidade”, conceito que nos propomos abordar, sugere que as ofensas são cometidas não apenas contra as pessoas e as respectivas comunidades, mas contra toda a Humanidade (independentemente da sua comunidade). “Humanity means both the quality of being human-humanness-and the aggregation of all human beings-humankind”¹³, por isso os crimes contra a Humanidade apresentam-se-nos como um ataque à qualidade de ser pessoa, qualidade essa que exige do Estado de Direito e da Comunidade Internacional o respeito, a protecção e a promoção de um conjunto ineliminável de direitos humanos ou fundamentais associados impreterivelmente a essa existência¹⁴.

A razão da formulação desta particular ofensa, ínsita pela primeira vez, na al. c) do art. 6.º da Carta do Tribunal de Nuremberga de 1945¹⁵, surge da ausência, no direito internacional, de uma norma que abrangesse crimes contra a própria população¹⁶. Ao contrário da consagração normativa do crime de genocídio, que se desenvolveu através de um tratado, até à adopção do Estatuto do Tribunal Penal Internacional¹⁷, os crimes contra a Humanidade foram em grande parte o produto do direito internacional costumeiro. Neste seguimento, a criação do TPI (nível universal) foi um marco fundamental na protecção dos direitos humanos.¹⁸ Note-se que a nível regional é de destacar a adopção a 27 de Junho de 2014, sob a égide da União Africana, o Protocolo

¹² Cfr. David Luban; *A Theory of Crimes...* op. cit. pág. 86

¹³ Cfr. David Luban; *A Theory of Crimes...* op. cit. pp. 86-87

¹⁴ Nisso se baseia a tese segundo a qual o fundamento dos Direitos Humanos se baseia na ideia da dignidade da pessoa humana. A dignidade é a qualidade que define a essência da pessoa humana, ou ainda, é o valor que confere humanidade ao sujeito. A ideia da dignidade deve, pois, garantir a liberdade e a autonomia do sujeito. De acordo com o 1.º parágrafo do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), a dignidade é entendida como inerente e universal a todos os membros da Comunidade humana. Tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) como o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) afirmam nos seus segundos parágrafos preambulares que a dignidade funda os Direitos Humanos. Também a CDFUE contém como porta de entrada para o sistema de direitos fundamentais da União Europeia a inviolabilidade da dignidade do ser humano, nos termos do seu art. 1.º, na qual se ancoram todos os outros direitos, como o direito à vida ou a proibição da tortura. O primeiro momento histórico em que a dignidade da pessoa humana foi recepcionada como princípio constitucional foi na Carta Constitucional da República Alemã de 1949 – a partir desse marco histórico, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana arreigou-se a várias constituições contemporâneas.

¹⁵ Segundo Antonio Cassese, este artigo visava o julgamento e a punição das atrocidades mais repugnantes, isto é, daqueles actos susceptíveis de subverter o sentido do princípio da dignidade da pessoa humana; «Genocide». In Antonio Cassese, P. Gaeta e J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002, p. 335 ss

O requisito, presente nesse artigo, de se tratar de um acto que devesse ser cometido antes ou durante a guerra serviu para limitar o escopo do preceito (e, assim, da jurisdição do Tribunal).

¹⁶ Como resultado desta ausência, as atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial pelos Nazis contra os Judeus e outros civis, apenas poderiam ser processados como ofensas individuais ou colectivas nos termos do Direito Penal alemão. Segundo Ilias Bantekas e Lutz Oette, “[t]his outcome, however, would have been absurd given that the Holocaust was much more than simply the accumulation of multiple offences and could not in any way be left to the devices of ordinary criminal law”; *International Human Rights – Law and Practice*, Cambridge University press, 2013, p. 709.

¹⁷ Note-se que o TPI assume um carácter limitado e secundário na sua intervenção em razão de não existir uma reserve de jurisdição internacional em matéria de certos crimes (Princípio da complementaridade e subsidiariedade) – o Tribunal intervém a título subsidiário, quando a jurisdição nacional não assegura uma investigação e julgamento adequados.

¹⁸ Cfr. Paula Escameia; “Prelúdios de uma Nova Ordem Mundial: O Tribunal Penal Internacional, Revista Nação e Defesa”, *Instituto da Defesa Nacional*, nº104-2ª série, 2003, p.25.

Vide Leila Nadya Sadat, que escreveu: “[g]iven the centrality of charges of crimes against humanity to the successful prosecution of atrocity crimes, the ICC’s treatment of crimes against humanity will therefore be critically important. Moreover, because the ICC is a permanent court with the capacity to intervene in ongoing situations (even prior to the outbreak of conflict in some cases), the Court’s prosecutions of crimes against humanity may assume a preventive role at the ICC that similar prosecutions could never have assumed at the ad hoc tribunals”.¹⁸ Cfr. Leila Nadya Sadat; “Crimes Against humanity in the modern age”; *The American Journal of International Law*, Vol. 107, 2013, p. 334



sobre as Alterações ao Protocolo Relativo ao Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos¹⁹ – cuja entrada em vigor se encontra pendente. Tal Protocolo visa dotar tal Tribunal de uma secção relativa ao direito internacional penal com competência para julgar, designadamente, crimes contra a Humanidade.

Os condicionalismos impressos no Estatuto de Roma (como a falta de inclusão do princípio da universalidade)²⁰ tornam a tarefa do TPI intrinsecamente difícil. No entanto, a inclusão do princípio da universalidade na nova Convenção sobre crimes contra a Humanidade poderá consubstanciar um grande avanço ao nível da cooperação inter-estatal na punição de tais graves violações de Direito Internacional, através do estabelecimento de uma jurisdição mais efectiva do TPI. Na verdade, “[e]nquanto o TPI não for um Tribunal verdadeiramente universal (se é que algum dia o poderá vir a ser), a sua jurisdição ‘parcial’ ou ‘incompleta’ continuará a ser um desafio”²¹.

Os Crimes contra a Humanidade encontram-se definidos no art. 7.º do Estatuto de Roma do TPI. Segundo o n.º1 do preceito, “entende-se por «crime contra a Humanidade» qualquer um dos actos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio²²; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência à força de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional; f) Tortura²³; g) Violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, tal como definido no n.º 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional, relacionados com qualquer acto referido neste número ou com qualquer crime da competência do

¹⁹ Disponível em: http://au.int/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_p.pdf

Veja-se ainda Patrícia Galvão Teles e Daniela Martins; “Tribunal Penal Internacional – Desafios Atuais”, *Relações Internacionais*, Instituto Português de Relações Internacionais, Vol. 54, Junho 2017, p. 28 ss.

²⁰ A competência não é universal dado que se restringe, em princípio, aos Estados que ratificaram o estatuto de Roma. O TPI não julga todos os autores de crimes contra a Humanidade: o Tratado de Roma dispõe que a jurisdição do TPI está limitada aos crimes cometidos no território do Estado-Parte ou por nacionais seus. Contudo, no projecto de artigos que poderão compor uma futura Convenção sobre Crimes contra a Humanidade, propõe-se que os Estados exerçam jurisdição não apenas em relação aos crimes perpetrados nos seus territórios ou pelos seus nacionais, mas também por não nacionais no estrangeiro, que se encontrem no território do aludido Estado Parte. Tal constitui um grande avanço no caminho da protecção dos direitos humanos. Salienta Dire Tladi, “[p]erhaps the central element of the ILC project will be the obligation to prosecute or extradite, a legal principle known as *aut dedere aut judicare*. The *aut dedere aut judicare* obligation, broadly stated, obliges a state to prosecute offenders *present in its territory or, if it is unable or unwilling to do so, to extradite the offender to a state that is willing to do so*”; *Complementary and cooperation in international criminal justice, Assessing initiatives to fill the impunity gap*: paper 227, Institute For Security Studies, 2014. Disponível em: <https://issafrica.s3.amazonaws.com/site/uploads/Paper277.pdf>

²¹ Cfr. Patrícia Galvão Teles; “O Tribunal Penal Internacional e a evolução da ideia do combate à impunidade: uma avaliação 15 anos após a Conferência de Roma”, *Janus.Net*, Universidade Autónoma de Lisboa, Vol. 5, nº2, Novembro 2014-Abril 2015, p.4

²² “Events like the 11th September attacks could be prosecuted under this heading. The acts were multiple and coordinated, causing the death of thousands of people, in furtherance of Al Qaeda’s terrorist policy against the United States. Thus, they were ‘systematic’”, Roberta ARNOLD; *The prosecution of Terrorism as a Crime...op. cit.* pág. 994

²³ O terrorismo também pode ser abarcado nesta alínea, pois tal preceito omite o requisito da conexão “to a public official”. *Idem*.



Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k)²⁴ Outros actos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afectem a saúde mental ou física.”. Sugere Charles Chernor Jallow, insatisfeito com a definição, que se reformule a mesma através de uma emenda ao estatuto de Roma²⁵.

O n.º 2 deste artigo apresenta-nos um conjunto de definições que têm como principal propósito a delimitação das condutas tipificadas pelo n.º 1. Interroga Andrew Clapham, “if such acts are already violations of human rights law, what is the added value of criminalising them at the international level?”²⁶ A criminalização internacional possibilita o julgamento do indivíduo perante um Tribunal Internacional²⁷. Mas o que justificará, *ab initio*, a criminalização de tais actos? Bassiouni²⁸ foi um dos primeiros Autores a adiantar uma base doutrinal para a criminalização internacional. Aquelas ofensas, segundo o Autor, afectam interesses internacionalmente significativos, constituindo uma ameaça à paz e segurança mundiais, tendo implicações transnacionais. Por isso mesmo existe um interesse universal na repressão desses crimes o que resulta, em princípio, na jurisdição universal.

Crimes contra a humanidade definem-se, então, como um “ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque” (n.º1 do art. 7.º do Estatuto de Roma do TPI). O conceito de “ataque” pressupõe, nos termos das als. a), b), c), d) e e), que essas ofensas tomadas em conjunto (isto é, cumulativas), dão forma e existência a uma política governamental contra um grupo civil alvo.

Os **elementos objectivos** dos crimes contra a Humanidade encontram-se definidos nas als. a) a k) do n.º1. Exige-se que as ofensas revistam um carácter sistemático, devendo ser consentidas pelo Estado, Governo ou Entidade que esteja no comando. Neste ponto, é controversa²⁹ a natureza dos actos terroristas³⁰, cometidos por *non-State actors* – serão estes passíveis de serem considerados agentes de crimes contra a

²⁴ Vide Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, International Law Commission Report, 1996, p. 47 Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_I532.pdf&lang=EF: os actos inumanos devem ser “which severely damage physical or mental integrity, health or human dignity, such as mutilation and severe bodily harm.”

²⁵ Cfr. Charles Chernor Jallow; “What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity”, *American University International Law Review*, Vol. 28 No. 2, 2013, p. 435

²⁶ Cfr. Andrew Clapham; “Human Rights and International Criminal Law” in William SCHABAS, *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge University Press, p. 6

²⁷ Cfr. Andrew Clapham; *Human Rights and International...op. cit.* pág. 7

²⁸ Cfr. Cherif Bassiouni; “The Penal characteristics of conventional international criminal law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 15, No. 1, 1983, p. 30 ss

²⁹ Vide, sobre a questão em debate, Michael P. Scharfe Michael A. Newton: “Assuming that non-State actors are in fact legally capable of committing crimes against humanity, the acts of any large-scale group such as the Mafi a, organized narcotrafficking or terrorist organization, or even a gang capable of committing ‘widespread or systematic crimes’ would be sufficiently covered by the specifically listed categories of crimes against humanity. In such a case, there is no need to list terrorism as a separate crime against humanity; rather, the specific act is already covered in the crimes against humanity of murder, persecution, or other identifiable crime.”; *Terrorism and Crimes Against Humanity...op. cit.* pág. 275

³⁰ “[T]errorist attacks have usually been defined as serious offences, to be punished under national legislation by national courts. The numerous international treaties on the matter oblige the contracting states to engage in judicial cooperation for the repression of these offences. In my opinion, it may be safely contended that, in addition, at least trans-national, state-sponsored or state-condoned terrorism amounts to and international crime and is already contemplated and prohibited by international customary law as distinct category of such crimes.”, *assim* Antonio Cassese; “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”; *European Journal of International Law*, 2001, p. 994



Humanidade? Há duas formas pelas quais tal ofensa (terrorismo) pode ser tomada em conta como Crime contra a Humanidade: como uma das sub-categorias de crimes contra a Humanidade ou como "acto inumano" (al. k)). Assim, se pronunciou Roberta ARNOLD³¹, para quem a vantagem de incluir o terrorismo numa das sub-categorias prende-se com o facto das mesmas poderem ser cometidas por todos, incluindo actores não-Estatais e "[s]econdly, a wide range of victims is covered, including every person who is not performing de facto combating functions, independently from his or her nationality." Michael A. Newton e Michael P. Scharf são da opinião de que "[e]xpanding the corpus of crimes against humanity [to terrorism] could provide a harmonized legal framework applicable in both times of armed conflict or peace"³². Diz Kai Ambos que "[t]he intentional killing of more than 100 people constitutes the required single act of murder. As a consequence, the ICC has jurisdiction *ratione materiae*, without controversial."³³ De facto, o Autor aponta duas bases de exercício da jurisdição pelo TPI sobre tais actos: 1) o princípio da personalidade activa (existe quanto a alguns membros do ISIS que são nacionais de Estados-Parte do TPI, cfr. a al. b) do n.º2 do art. 12.º); 2) o princípio da territorialidade (al. a) do n.º2 do art. 12.º) – requer-se uma certa ligação territorial do Estado onde a ofensa foi cometida, entendendo-se que tal ligação existe quando o perpetrador é residente nesse mesmo Estado (parte do Estatuto do TPI). Mas no caso do ISIS, os actores não têm território fixo ou têm uma ligação a países terceiros (como sejam o Iraque, Líbia, Turquia). O Autor sugere, todavia, que é necessário o requisito de uma suficiente ligação territorial a um Estado-membro – como quando o acto (ou os seus efeitos) é produzido num Estado-parte. Há quem defenda³⁴, portanto, que subsumir o terrorismo à categoria de crimes contra a Humanidade levaria a diluir a *lex specialis* à *lex generalis*, pelo que seria preferível estabelecer o terrorismo como uma categoria separada de crime transnacional. Para Bassiouni, as únicas entidades passíveis de praticar actos que adquiram o estatuto de crimes contra a Humanidade – que não o Governo – são as que detenham elementos de soberania estatal – Gestapo, KGB³⁵. Trata-se, assim, de uma visão restritiva da expressão "organização política" como incluindo apenas o Governo, excluindo actores não estatais³⁶. Contrariamente, uma expansão do escopo da jurisdição universal àqueles actores não estatais é aplaudida por alguns Autores, entre os quais James Fry³⁷.

Perante a falta de consenso relativamente à integração do crime de terrorismo no catálogo dos crimes contra a Humanidade, é de notar ainda que "[o] combate [ao terrorismo] vem suscitar dois problemas complexos no que diz respeito à problemática

³¹ Assim, Roberta ARNOLD; "The prosecution of terrorism as a crime against Humanity", *ZaoRV*, Vol. 64, 2004, p. 994 e 999

³² Cf. Michael A. Newton e Michael P. Sharf; "Terrorism and Crimes Against Humanity" in Leila Nadya Sadat (ed.); *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, p. 272

³³ Sobre a jurisdição do TPI quanto a actos terroristas *Vide* Kai Ambos; "The new enemy of mankind: The jurisdiction of the ICC over members of 'Islamic State'"; *Blog of the European Journal of International Law*, 2016, para. 2 e 3. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-new-enemy-of-mankind-the-jurisdiction-of-the-icc-over-members-of-islamic-state/>.

³⁴ Neste sentido, Ben Saul; "Reasons for defining and criminalizing 'terrorism' in international law", The University of Sydney, Legal Studies Research Paper No. 08/121, 2008, p. 248

³⁵ *Vide* também William A. Schabas; "State Policy As An Element of International Crimes", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, No. 3, 2008, pp. 953, 973

³⁶ A Jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a Jugoslávia aceitou a possibilidade de *non-State actors* serem julgados pelo cometimento de crimes contra a Humanidade – veja-se, a título de exemplo, o International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Tadić*, 1997, para. 654

³⁷ *Vide* James Fry; "Terrorism as a Crime Against Humanity and Genocide: The backdoor to universal jurisdiction", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, Vol. 7, 2002, p. 197 ss.



dos direitos humanos: por um lado o direito da população civil em ver reforçada a sua própria segurança, por outro lado o direito à proteção dos direitos humanos fundamentais, que deve ser assegurada mesmo aos alegados terroristas. Há que estabelecer um equilíbrio entre os direitos humanos das vítimas e dos suspeitos de terrorismo e os direitos dos cidadãos em geral, que podem ver as suas liberdades fundamentais afetadas e restringidas pelas medidas tomadas em nome da luta contra o terrorismo"³⁸, nota Patrícia Galvão Teles.

Quanto aos **elementos subjectivos**, realce-se que de acordo com os princípios gerais de direito internacional, o elemento subjectivo dos crimes contra a Humanidade pode ser dividido em dois momentos distintos: o conhecimento/consciência do contexto mais alargado em que o crime é praticado, isto é, de que aquelas ofensas são parte de uma política de abusos sistemática, generalizada e de larga escala; e a necessidade de verificação de uma intencionalidade relativamente à prática da ofensa subjacente. Assim, a responsabilidade individual para crimes contra a humanidade não se limita ao facto de uma pessoa cometer crimes de alcance generalizado ou sistemático. Requer-se que o perpetrador tenha *conhecimento* do contexto geral no qual o crime foi cometido, conhecimento que deve ser combinado com o *dolo*. No que concerne a crimes contra a Humanidade não se exige, quanto ao elemento volitivo, intenção, admitindo-se qualquer modalidade de dolo (também o necessário e o eventual).

Trata-se de crimes internacionais praticados directamente contra a população civil que adquire uma certa proporção/escala que ultrapassa o chamado crime com intento puramente particular/privado, podendo ser cometido no território de um único Estado ou nas fronteiras. Finalmente, o crime diz respeito aos mais odiosos actos de violência e perseguição conhecidos pela humanidade.

De acordo com o atrás referido, podem considerar-se Requisitos para a consideração de um crime como crime contra a Humanidade:

- i) *Actos cometidos de forma generalizada ou sistemática*³⁹- Tratam-se de requisitos alternativos. A noção de ataque tem sido desenvolvida na jurisprudência. Veja-se o caso *Nahimara et al.*⁴⁰ em que o Tribunal Penal Internacional para Ruanda citou o caso *Kunerac et al.* de modo a concretizar aquela noção que considera consubstanciar-se no curso de condutas que envolvam a comissão de actos de violência. Conclui o Tribunal que um ataque contra a população civil significa uma actuação violenta contra a população civil, ou algum tipo de tratamento referido nos sub parágrafos a) a i) do art. 7.º.

Requer-se que o ataque seja generalizado na medida em que interfira com um grande número de pessoas (multiplicidade de vítimas, o que exclui actos isolados de violência). O ataque deve ser sistemático, o que significa que deve ser cometido de acordo com um plano pré-concebido, cuja implementação do

³⁸ Cfr., por exemplo, Patrícia Galvão Teles, "Terrorismo e Direitos Humanos", *Janus.Net*, 2003 § 1

³⁹ Entende-se que os requisitos são disjuntivos. A prática do TPI tem reafirmado esse carácter – *Vide Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber, ICC-01/09, Mar. 31, 2010, para. 94

⁴⁰ International Criminal Tribunal for Rwanda, *Nahimara et al.* (Case No. ICTR-99-52-A), Judgement, 28-Nov. 2007, para. 916. Disponível em: <http://cld.unmict.org/assets/filings/90-ICTR-99-52-2079-4-MEDIA-NAHIMANA-ET-AL-APPEALS-JUDGEMENT.pdf>



plano ou política deve resultar na comissão repetida e contínua de actos desumanos.

- ii) *Actos cometidos contra qualquer população civil*- De facto, o requisito de “população civil” tem sido alvo de debate, em grande parte devido às dificuldades em transpor as noções de Direito Internacional Humanitário⁴¹. Se se concordar com um *approach* baseado na óptica dos direitos humanos, tal garantirá um leque de direitos positivos a todos os indivíduos independentemente do respectivo estatuto que lhes esteja subjacente. Debate-se, em especial, se aquele termo deve ser interpretado de um modo amplo ou restrito – uma vez que o Estatuto de Roma é omissivo quanto a essa questão. Leila Nadya Sadat⁴² sugere que o termo “população civil” deva assumir um significado autónomo, e não enquanto mero desdobramento do significado do Direito Internacional Humanitário, pois qualquer pessoa está protegida contra ataques à sua vida pela protecção que o direito à vida lhe confere. Para a Autora, o Tribunal não deve apenas analisar o estatuto formal de vítima (enquanto civil) na acepção do Direito Internacional Humanitário, mas tendo em conta a situação real do indivíduo ou da população alvo de abuso – posição que subscrevemos e que garante, segundo Leila Nadya Sadat, a abolição tendencial da divisão artificial entre pessoas protegidas e pessoas não protegidas durante a Guerra e a Paz⁴³.

A noção de “população civil” deve, então, ser interpretada amplamente – “[a]n attack can be committed against any civilian population, regardless of their nationality, ethnicity or any other distinguishing feature, and can be committed against either national or foreign populations.”⁴⁴ O conceito de população civil “is much broader than the four groups enumerated in the Genocide Convention”⁴⁵⁴⁶. Entendem Steven Ratner, Jason Abrams e James Bischoff que tal requisito sugere que mesmo os actos mais atrozes, como alguns ataques terroristas, não são crimes contra a Humanidade, mesmo quando são isolados⁴⁷, o que é criticável para os Autores na medida em que confina o escopo dos crimes contra a Humanidade.

⁴¹ Pode ler-se, por exemplo, no caso *Bemba* (*The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC- 01/05-01/08) que a população civil inclui todas as pessoas que são civis em oposição aos membros das forças armadas e outros combatentes legítimos.

⁴² Cfr. Leila Nadya Sadat; “Putting Peacetime First: Crimes against Humanity and the Civilian population requirement”, *Emory International Law Review*, Vol. 31, 2017, p. 206

⁴³ *Idem*, p. 207.

⁴⁴ *First Report of the Special Rapporteur on Crimes Against Humanity*, Sean MURPHY, para. 135

⁴⁵ Cfr. Ilias Bantekas e Lutz Oette; *International Human Rights...op. cit.* pág. 710

⁴⁶ Entende o Tribunal, no caso *Kunarac*, que: “the use of the word ‘population’ does not mean that the entire population of the geographical entity in which the attack is taking place must have been subjected to that attack. It is sufficient to show that enough individuals were targeted in the course of the attack, or that they were targeted in such a way as to satisfy the Chamber that the attack was in fact directed against a civilian ‘population’, rather than against a limited and randomly number of individuals.”; *ICTY Prosecutor v. Kunarac and Others*, 2002, para. 63

⁴⁷ Assim Steven R. Ratner, Jason S. Abrams e James L. Bischoff; *Accountability for human rights atrocities in international law – Beyond the Nuremberg Legacy*, 3d Edition, Oxford University Press, 2009, p. 79



iii) *Actos derivados da instigação ou direcção do governo ou de qualquer outra organização política (policy element)*⁴⁸- A Comissão de Direito Internacional decidiu incluir tal requisito de modo a incluir actos inumanos cometidos por pessoas privadas sem envolvimento estatal.⁴⁹ A al. a) do n.º 2 do art. 7.º do Estatuto de Roma do TPI manifesta essa orientação. Tal preceito contempla expressamente o cometimento de crimes contra a Humanidade por perpetradores não estatais. A jurisprudência do TPI sugere que a expressão "organização política" inclui "any organization or group with the capacity and resources to plan and carry out a widespread or systematic attack."^{50 51}

iv) *Conhecimento do ataque*- o autor do acto deve cometê-lo com conhecimento do mesmo.

Criminalizar este tipo de comportamentos pressupõe obrigações dos Estados na prevenção⁵² dos mesmos (assim como a obrigação de puni-los). O Estado⁵³ está obrigado a **proteger**⁵⁴ todos os Direitos fundamentais, desde logo porque

⁴⁸ Em 1995, a Comissão de Direito Internacional discutiu o debate em torno da questão de saber se se poderiam incluir actos de *non-State actors* como passíveis de incriminação enquanto crimes contra a Humanidade, no qual segundo alguns membros tal não seria possível. Contudo, a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a Jugoslávia aceitou a possibilidade de *non-State actors* serem julgados por crimes contra a Humanidade - *Vide* caso *Tadić*, 1997 "the law in relation to crimes against humanity has developed to take into account forces which, although not those of the legitimate government, have de facto control over, or are able to move freely within, defined territory", para. 654

Darryl ROBINSON identificou quatro teorias relativamente a este requisito. Para o efeito, *Vide* «Essence of Crimes Against Humanity Raised at ICC», *Blog of The European Journal of International Law*, 2011. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/essenceof-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc>

⁴⁹ Primariamente, a Comissão de Direito Internacional definiu crimes contra a Humanidade como "Inhuman acts such as murder, extermination, enslavement, deportation or persecutions, committed against any civilian population on social, political, racial or cultural grounds by the authorities of a State or by private individuals acting at the instigation or with the toleration of such authorities"; Report of the International Law Commission on the work of its sixth session, *Yearbook of the International Law Commission*, 1954, vol. II, p. 150. Mais tarde, definiu como "any of the following acts, when committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a Government or by an organization or group", ILC Report, 1996, p. 47

⁵⁰ Cfr. *First report on crimes against humanity*, Sean MURPHY, para. 147

⁵¹ "Such a policy may be made either by groups of persons who govern a specific territory or by any organization with the capability to commit a widespread or systematic attack against a civilian population.", International Criminal Court, *Katanga Case* (ICC-01/04-01/07) between The Prosecutor v. Germain Katanga, 2008, para. 396. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/drc/katanga>

⁵² Os Estados têm o dever de respeitar, proteger e realizar os direitos fundamentais. Os Direitos fundamentais garantem juridicamente o acesso individual a bens que, pela sua importância para a dignidade da Pessoa humana, desenvolvimento da personalidade, autonomia, liberdade e bem-estar das pessoas, a CRP e os demais instrumentos internacionais entenderam merecedores e protecção máxima. A consagração constitucional dos Direitos Fundamentais tem um sentido jurídico muito preciso: ela impõe sempre ao Estado, e a cada um dos seus poderes constituídos, deveres de subordinação e vinculação jurídica dos quais, em geral, resultam para os particulares correspondentes pretensões e direitos de realização, cuja consciência pode traduzir-se na titularidade de direitos subjectivos públicos, ou seja, direitos a exigir juridicamente no interesse dos próprios, o cumprimento dos respectivos deveres estatais.

⁵³ A Comunidade Internacional também tem a responsabilidade de usar apropriados meios diplomáticos, humanitários e outros meios pacíficos, de acordo com os capítulos VI e VII da Carta das Nações Unidas, para proteger as populações dos crimes contra a Humanidade.

⁵⁴ Para um maior aprofundamento, *Vide* Jorge REIS NOVAIS; *Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2010, p. 256 ss

No seguimento do ataque generalizado e sistemático contra a população civil pelo regime da Líbia, o Conselho de Segurança da ONU adoptou, em 26 de Fevereiro de 2011, a Resolução 1970 (disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970 (2011)), tornando explícita a referência à responsabilidade de proteger. O Conselho de Segurança requereu o fim à violência, "recalling the Libyan authorities responsibility to protect its population", impondo sanções internacionais. Na Resolução 1973 (disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970(2011))), adoptada a 17 de Março de 2011, pode ler-se que os ataques à comunidade civil constituem crimes contra a Humanidade.

No relatório do Secretário-geral das Nações Unidas, Ban Ki-Moon, quanto à Implementação da responsabilidade de proteger (*Implementing the responsibility to protect*, A/63/677, 2009), identificam-se três pilares de tal obrigação. São eles: 1) O Estado tem a responsabilidade primária de proteger as populações do genocídio, de crimes de guerra, dos crimes contra a Humanidade e limpeza étnica, assim



assumindo o monopólio do uso da força coerciva legítima, fica obrigado à protecção geral da vida, segurança, bem-estar, liberdade e propriedade dos particulares. De facto, "the threshold between human rights violations and crimes against humanity takes on a particular significance in the context of [...] the 'Responsibility to Protect'."⁵⁵ O conceito de "R2P" surgiu da Comissão Internacional de Intervenção e Soberania do Estado (ICISS).⁵⁶ O dever estatal de protecção da dignidade e dos direitos humanos básicos da sua própria população⁵⁷ é essencialmente realizado através de actuações positivas, normativas ou fácticas, orientadas à protecção efectiva dos bens jusfundamentais. Tal dever realiza-se essencialmente através de actuações positivas mas inclui também deveres de abstenção, de não afectação negativa, projectando-se na perspectiva dos particulares, em direitos positivos, mas também em negativos. A violação de tal obrigação implica a responsabilidade do Estado⁵⁸. A propósito da nova Convenção sobre Crimes contra a Humanidade – projecto iniciado pela Comissão de Direito Internacional em 2014 –, Rita Maxwell⁵⁹ entende que a mesma representa uma importante oportunidade para conferir um maior significado à responsabilidade de proteger na medida em que consolida a relação entre essa responsabilidade e a obrigação dos Estados de julgarem crimes contra a Humanidade. Sugere David Scheffer, a esse propósito, que deveria ser incorporada uma norma explícita, na pretensa Convenção, quanto à responsabilidade de proteger, que requeresse a acção efectiva dos Estados⁶⁰.

III. Crimes Contra a Humanidade - parte integrante do Jus Cogens

"[A]t the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the jus cogens character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and

como do seu incitamento; 2) A Comunidade Internacional tem a responsabilidade de encorajar e assistir os Estados no cumprimento de tal responsabilidade; 3) A Comunidade Internacional tem a responsabilidade de usar apropriados meios diplomáticos, humanitários e outros para proteger daqueles crimes. Se um Estado está a faltar manifestamente à sua obrigação de proteger, a comunidade Internacional deve preparar-se para tomar uma acção colectiva para proteger a população, de acordo com a Carta das Nações Unidas. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/206/10/PDF/N0920610.pdf?OpenElement>

⁵⁵ Andrew Clapham; *Human Rights and International...op. cit.* pág. 7

⁵⁶ Tal Comissão foi convocada para se atingir um consenso internacional sobre a intervenção humanitária após a experiência da década de 1990 (experiências como as da Somália, Ruanda, Bósnia e Kosovo). Falou-se, assim, de uma responsabilidade – em primeira instância, do Estado envolvido – para proteger a sua própria população. O conceito de responsabilidade de proteger foi adoptado, nesse seguimento pelos Estados-membros das Nações Unidas no *World Summit* em 2005.

⁵⁷ Vide ICISS; *The Responsibility to Protect*, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, 2001, p. 8. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>

⁵⁸ Vide os artigos adoptados pela Comissão de Direito Internacional, em 2001: *Responsibility of States for internationally wrongful acts*, Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

⁵⁹ Cfr. Rita Maxwell; "The Responsibility to Protect and to Prosecute: Reflections on the Canadian Experience and Recommendation for the Proposed Crimes Against Humanity Convention" in Morten Bergsmo e Song Tianying (eds.); *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2014, p. 277

⁶⁰ David Scheffer; "Crimes Against Humanity and the Responsibility to Protect" in Leila Nadya Sadat (ed.); *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge, 2011, p. 306



*punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction [...] This legal basis for States' universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime. It has been held that international crimes being universally condemned wherever they occur, every State has the right to prosecute and punish the authors of such crime*⁶¹.

As definições apresentadas pelos Estatutos dos Tribunais Internacionais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda – art. 5.º e art. 3.º daqueles Estatutos, respectivamente – tiveram um contributo decisivo na consolidação dos crimes contra a Humanidade enquanto regras de *jus cogens*. Assim sendo, a comunidade internacional encontra-se obrigada a zelar pelo respeito universal pelas normas *jus cogens* consagradas. Actualmente, o *jus cogens* é um reconhecido elemento do direito internacional. Parte da Doutrina caracteriza as normas *jus cogens* como produto do Direito natural, isto é, o *jus cogens* como emanção “which grew out of the naturalist school, from those who were uncomfortable with the positivists’ elevation of the state as the sole source of international law.”⁶² A prática internacional identificou os crimes contra a Humanidade como norma *jus cogens*. É disso exemplo o caso que opôs Alemanha e Itália (*Jurisdictional Immunities of the State Case*) em que o Tribunal sugeriu que a proibição dos crimes contra a Humanidade constitui uma regra *jus cogens*⁶³. “The prohibition of genocide [...], crimes against humanity cannot be only internal affairs of a certain state since they reflect the core values of international society”⁶⁴, neste sentido “certain human rights do represent *jus cogens*, since it brings *legal duties* of the state to the community as a whole and gives legitimacy for the *legal interest* of the community, which was elaborated above in the notion of *erga omnes*.”⁶⁵

Em 2001, a Comissão de Direito Internacional indicou que a proibição de crimes contra a Humanidade se tratava de uma norma peremptória de Direito internacional aceite e reconhecida⁶⁶. Mais tarde, no caso *Belgium v. Senegal*⁶⁷, o TIJ reconheceu que alguns actos, como a proibição da tortura, tinham carácter *jus cogens*, o que fez com que se reconhecesse implicitamente que a proibição de tal acto praticado de forma

⁶¹ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) – Trial Chamber II, Case Number IT-95-17/1-T: *Prosecutor v. Anto Furundžija*; 10 December 1998, para. 156

⁶² Cfr. Mark W. Janis; “The Nature of Jus Cogens”, *Connecticut Journal of International Law*, Vol.3, 1988, pp. 359, 362. Outra parte considera a letra do art. 53.º CVDI, focando-se no consentimento como elemento vital. Há ainda Autores que têm encarado o *jus cogens* com cepticismo e salientado as dificuldades da sua definição e concretização, como Jorge Miranda; *Direito Internacional Público*, Vol. I, Lisboa, 1995, p. 146

⁶³ Cfr. *Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, ICJ Reports 2012, 99, at 141 (para 95).

⁶⁴ Predrag Zenovic, “Human Rights Enforcement Via Peremptory Norms – A Challenge To State Sovereignty”, *RGSL Research Papers*, No. 6, Riga Graduate School of Law, 2012, p. 26

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Cfr. *Draft Articles on State Responsibility, Commentary on Article 26*, in *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session*, U.N. Doc. A/56/10, 2001, p. 283: “peremptory norms that are clearly accepted and recognized include the prohibition of [...] crimes against humanity.”

Vide ainda o *Report of the International Law Commission Sixty-Sixth Session*, 2014 (5 May – 6 June and 7 July – 8 August). Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/reports/2014/english/annex.pdf>

⁶⁷ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, I.C.J. Reports 2012, p. 422, at para. 99; também *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, ICTY Case No. IT-95-17/1, para. 153 (1998); e ainda *Al-Adsani v. United Kingdom*, E.Ct.H.R., Judgment, App. No. 35763/97, para. 61 (2001).



sistemática também teria um carácter *jus cogens*. “Dentre os princípios de Direito Internacional geral ou comum, avultam aqueles a que a doutrina tem chamado princípios de *jus cogens* [...] são princípios que não estão na disponibilidade da vontade ou do acordo de vontades dos sujeitos de Direito internacional; que desempenham uma função eminente no confronto de todos os outros princípios e preceitos; e que têm uma força jurídica própria, com os inerentes efeitos na subsistência de norma e actos contrários [...] O *jus cogens* é evolutivo e susceptível de transformação e de enriquecimento pelo aditamento de novas regras”⁶⁸. Quanto à natureza das normas *jus cogens*, atente-se à asserção de Mark W. Janis, segundo a qual o *jus cogens* não é uma forma de direito costumeiro, mas uma forma de direito constitucional, constituindo a base do sistema legal da Comunidade Internacional⁶⁹. As normas peremptórias⁷⁰ obrigam os Estados a prevenir a sua violação.⁷¹ As normas *jus cogens* sobrepõem-se a quaisquer outras normas, incluindo as normas constitucionais – o *jus cogens* deve ser encarado como um limite material de revisão constitucional.⁷²

Como salienta Cherif Bassiouni “certain crimes affect the interests of the world community as a whole because they threaten the peace and security of humankind and because they shock the conscience of humanity. If both elements are present in a given crime, it can be concluded that it is part of *jus cogens*”⁷³.

Quanto ao conceito de *jus cogens*, a doutrina de Direito Internacional não é unânime. Se para Eduardo Correia Baptista⁷⁴ normas de *jus cogens* são todas as normas de direito costumeiro que imponham obrigações *erga omnes*, a não ser que haja uma prática costumeira que lhe retire expressamente esse “estatuto”, Ana Maria Guerra Martins⁷⁵ entende que não se pode afirmar que todas as normas internacionais relativas a Direitos Humanos são *jus cogens*; o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um dos campos de aplicação privilegiada deste tipo de normas. São normas de *jus cogens* todos os direitos intangíveis (leque que veio a ser alargado pelo Comité dos Direitos Humanos⁷⁶) – relacionam-se com a integridade física e moral da pessoa humana e com a liberdade. São atributos inalienáveis da pessoa humana, fundando-se em valores que exprimem o valor do respeito da dignidade inerente à Pessoa Humana.

Um crime *jus cogens* é caracterizado pela conduta estatal, independentemente de esta se manifestar numa acção ou numa omissão. Deve ter-se em consideração que um crime internacional que assuma tal estatuto deve reunir, em si, as seguintes condições: existência de instrumentos legais que evidenciem a proibição da sua prática, o número

⁶⁸ Cfr. Jorge Miranda. *Direito Internacional Público – I*, Lisboa, 1995, pp. 143-150

⁶⁹ Mark W. Janis; “The nature of *Jus Cogens*”, *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 2, 1988, p. 362

⁷⁰ O art. 71.º da CVDI trata das consequências da invalidade do tratado que conflitue com uma norma peremptória do direito internacional geral (nos termos dos arts. 53.º e 64.º da Convenção).

⁷¹ Assim Lauri Hannikainen; *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki: Finnish Lawyers’ Pub. Co., 1988, p. 722

⁷² Cfr. Ana Maria Guerra Martins; *Direito Internacional dos Direitos Humanos...op. cit.* pág. 117.

Vide ainda Ana Maria Guerra Martins e Miguel Prata Roque; “A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais – a posição do Tribunal Constitucional português”; *Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português*, 2014. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2014-10-16-00-00/2014-PonenciaPortugal.pdf>

⁷³ Cfr. Cherif Bassiouni; “International crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, *Law and Contemporary problems*, Vol. 59, 1998, p. 69

⁷⁴ Cfr. Eduardo Correia Baptista; *Direito Internacional Público*, Lisboa, Vol. I, 1995, p. 432 ss

⁷⁵ Ana Maria Guerra Martins; *Direito Internacional dos Direitos Humanos – relatório...op. cit.* pág. 92 ss

⁷⁶ Passando a incluir o direito de todas as pessoas privadas de liberdade a serem tratadas com humanidade e respeito, a proibição de fazer reféns, a proibição de deportações ou transferências forçadas de pessoas, a proibição do incitamento ao ódio racial, religioso ou nacional.



(elevado) de Estados que incorporaram tal proibição nas suas legislações e, ainda, o número de processos judiciais, nacionais e/ou internacionais, relacionados com o mesmo crime. Apontam-se ainda como indícios de tal natureza *jus cogens*, a evidência de princípios gerais de direito internacional e o papel da Doutrina. Alguma Doutrina entende que os crimes contra a Humanidade adquiriram o estatuto de crimes *jus cogens* por manifestarem a capacidade de uma específica conduta chocar a “conscience of Humanity”⁷⁷. Assim, os valores e princípios protegidos através da promoção da paz, segurança e dignidade da Humanidade são partilhados por todos os Estados e são universalmente aceites⁷⁸.

Crimes internacionais que adquiram o estatuto *jus cogens* constituem obrigações *erga omnes*⁷⁹ que são inderrogáveis. A origem da problemática das obrigações *erga omnes* relativamente aos crimes *jus cogens* advém do *ICJ’s advisory opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide*.⁸⁰ É, contudo, difícil verificar as obrigações legais decorrentes do carácter *jus cogens* dos crimes internacionais, mas apontam Oliver Dorr e Kirsten Schmalenbach como exemplos “the duty to prosecute or extradite, the non-applicability of domestic laws limiting the criminal responsibility or prosecution for such crimes (amnesty) and the universality of (mandatory) jurisdiction [...] The *ius cogens* nature of international core crimes is believed to generate all legal obligations necessary to bring to justice persons who are guilty of these crimes.”⁸¹

IV. Considerações Finais

*“There is no doubt that the recent development of international criminal law corresponds to the development of international human rights.”*⁸²

⁷⁷ Cf. Faustin Z. Ntoubandi, *Amnesty for Crimes Against Humanity Under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007, p. 218

⁷⁸ Markus Petshe começa por definir valores como constituindo “the underlying foundation of the normative system of any given society or community [...] and are, therefore, more ‘fundamental’ than norms.”, «Jus Cogens as a Vision of the International Legal Order». *Penn State International Law Review*, Vol. 29, No.2, 2010, p. 258. Tais valores fundamentais podem ser criados quer através da prática dos Estados, ou adquirem o estatuto de “fundamentais” por inerência, independentemente da aceitação e/ou reconhecimento da Comunidade Internacional. Para Cançado Trindade, tais valores fundamentais “does not emanate from the inscrutable ‘will’ of the States, but rather [...] from human conscience”; «Jus Cogens: The determination and the Gradual expansion of its material content in contemporary international case-law», *Curso 3*, 2008, p. 6.

⁷⁹ Obrigações *erga omnes* são obrigações internacionais que vinculam um Estado em relação a todos os outros Estados pela mesma norma, que por sua vez se encontram na mesma situação jurídica. As normas de *jus cogens* têm uma ligação íntima com as obrigações *erga omnes*. Todas as normas *jus cogens* impõem obrigações deste género, visto tutelarem interesses comuns. No caso *Barcelona Traction* (TIJ, 1970), efectuou-se a distinção entre efeitos *erga omnes* (obrigações dos Estados para com a Comunidade Internacional no seu conjunto) e obrigações *vis-a-vis* (as que nascem com respeito a outro Estado) – a definição de *erga omnes* pelo TIJ refere-se a uma obrigação assumida perante todos.

⁸⁰ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of genocide, Advisory opinion of 28 May 1951*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=276&p1=3&p2=4&case=12&p3=5>

⁸¹ Cfr. Oliver DORR e Kirsten Schmalenbach; *Vienna Convention on the Law of Treaties: A commentary*, Springer, 2012, p. 933

⁸² Assim Predrag Zenovic, “Human Rights Enforcement Via Peremptory Norms – A Challenge To State Sovereignty”, *RGSL Research Papers*, No. 6, Riga Graduate School of Law, 2012, p. 40



Os crimes de Direito Internacional (*core crimes*) foram objecto de uma importante codificação aquando da adopção do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. “[P]arts of international criminal law have developed [...] to respond to egregious violations of human rights in the absence of effective alternative mechanisms for enforcing the most basic of humanitarian standards.”⁸³ A proibição de crimes contra a Humanidade ascendeu ao estatuto de norma *jus cogens*. A perpretação desse tipo de actos consubstancia um ataque à qualidade de ser pessoa, qualidade essa que exige do Estado de Direito e da Comunidade Internacional o respeito, a protecção e a promoção de um conjunto ineliminável de direitos humanos. A criminalização deste tipo de ofensas graves de Direito Internacional não deixou de ser acompanhada de “timidez e ambiguidade em face dos condicionalismos políticos.”⁸⁴

Os direitos fundamentais⁸⁵ implicam, por natureza, limites aos poderes públicos e, por sua vez, à dita soberania estatal (o próprio conceito de soberania está em crise, na sua vertente clássica) - os Tratados de direitos Humanos surgem precisamente para obviar às situações em que os Estados não conseguem garantir os direitos das pessoas.

A Convenção sobre Crimes contra a Humanidade, em falta, parece ser uma peça importante no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois “[e]nding impunity for mass crimes is a common responsibility of humanity as a whole and justice for victims of such grave crimes should never be sacrificed at the altar of political expediency”⁸⁶. Parece-nos importante uma clarificação da noção de “crimes contra a Humanidade”, sobretudo no que concerne à interpretação do conceito “população civil”. Além disso, ampliar o leque de agentes de crimes contra a Humanidade poderia ter como vantagem “abrir uma porta” a actores não-estatais – presença cada vez mais assídua no mundo globalizado – através da adopção de uma visão ampla da expressão “organização política” ínsita na al. a) do n.º 2 do art. 7.º do Estatuto de Roma. Ainda quanto à questão concernente aos agentes deste tipo de ofensa criminal, considerar-se a integração do crime de terrorismo no catálogo dos crimes contra a Humanidade parece um ponto importante a considerar-se no presente debate jurídico.

Referências bibliográficas

Alexandrino, José Melo (2011). «Hermenêutica dos Direitos Humanos». Conferência proferida no Curso “Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais”, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Acordo-Quadro de cooperação com o centro universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM) e a Universidade do Norte do Paraná (ERNP), entre 11 e 13 de Janeiro de 2011. Disponível em:

⁸³ Cfr. Robert Cryer, Hákan Friman, Darryl Robinson, e Elizabeth Wilshurst; *An introduction to international criminal law and procedure* – 2nd ed., Cambridge University Press, New York, 2010, p. 13

⁸⁴ Jorge Miranda; *Direito Internacional Público...op. cit.* pág. 310

⁸⁵ Cumpre, todavia, esclarecer que “direitos humanos” (plano internacional) e “direitos fundamentais” (plano interno constitucional) diferem no plano jurídico por se tratarem de realidades diferentes. A propósito da distinção, Vide por todos Alexandre Melo Alexandrino; “Hermenêutica dos Direitos Humanos”, Conferência produzida no curso “Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais”, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Acordo-Quadro de cooperação com o Centro universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM) e a Universidade do Norte do Paraná (UENP), entre 11 e 13 de Janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Hermeneutica-dos-Direitos-Humanos.pdf>

⁸⁶ President Song, Prosecutor Bensouda and ASP-President Intelmann: “Humanity is bound together in a common quest to end impunity”, ICC-CPI-20140910-PR1038, *Press Release*: 10/09/2014. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/legalAidConsultations?name=pr1038>



<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Hermeneutica-dos-Direitos-Humanos.pdf>

Alexy, Robert (2012). «Constitutional Rights and Constitutional Review». Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (30 de outubro de 2012). Disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jsb_ma_16920.docx

Arendt, Hannah (1965). *Eichmann in Jerusalem: A report on the banality of evil*, New York: Viking Press

Arnold, Roberta (2004). «The prosecution of terrorism as a crime against Humanity». *ZaoRV*, Vol. 64: 979-1000

Bantekas, Ilias; Oette, Lutz (2013). *International Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press

Baptista, Eduardo Correia (1998). *Direito Internacional Público*, Vol. I, Lisboa

Bassiouni, Cherif M. (2010). «Crimes Against Humanity: The Case for a Specialized Convention». *Washington University Global Studies Law Review*, Vol.9, No. 4, 2010: 575-593

Bassiouni, Cherif M. (1998). «International Crimes: *Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*». *Law and Contemporary problems*, Vol. 59: 63-74. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=lcp>

Bassiouni, Cherif M. (1983). «The penal characteristics of conventional international criminal law». *Case Western Reserve*, Vol. 15, No. 1: 27-37

Clapham, Andrew (2015). «Human Rights and International Criminal Law». In William SCHABAS (ed.). *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge University Press

Cassese, Antonio (2001). «Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law». *European Journal of International Law*: 993-1001

Cassese, Antonio (2002). «Genocide». In Antonio Cassese, P. Gaeta, J. Jones (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press

Cryer, Robert; Fridman, Hákan; Rodinson, Darryl; Wilmschurst, Elizabeth (2010). *An Introduction to international Criminal Law and Procedure*, 2nd Edition, Cambridge University Press, New York

Dorr, Oliver; Schmalenbach, Kirsten (2012). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A commentary*, Springer

Duarte, Maria Luísa (2014). *Direito Internacional Público – e a ordem jurídica global do século XXI*, Coimbra Editora

Escameia, Paula (2003). «Prelúdios de uma Nova Ordem Mundial: O Tribunal Penal Internacional, Revista Nação e Defesa». *Instituto da Defesa Nacional*, nº104-2ª série

Fry, James (2002). «Terrorism as a Crime against Humanity and Genocide: The backdoor to universal jurisdiction». *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, Vol. 7, 2002: 170-199



Greppi, Edoardo (2001); *I crimini di Guerra e Contro L'Umanità nel Diritto Internazionale*, Turin

Holvoet, Mathias; Mesma Medlir (2015). «The International Criminal Court and the responsibility to protect». In Daniele FIOTT e J. KOOPS (eds.); *The Responsibility to Protect and the Third Pillar*: 21-38

Jallow, Charles Chernor (2013). «What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity». *American University International Law Review*, Vol. 28 No. 2: 381-441

Janis, Mark (1988). «The nature of Jus Cogens». *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 3

Kaul, Hans-Peter (2011). "The protection of Human Rights through the International Criminal Court as a Contribution to Constitutionalization and Nation – Building». Disponível em: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2C496E38-8E14-4ECD-9CC9-5E0D2A0B3FA2/282947/FINAL_Speech_Panel1_HumanRightsandtheInternational.pdf

Luban, David (2004). «A Theory of Crimes Against Humanity». *Yale Journal of International Law*, 29: 85-167

Martins, Ana Maria Guerra (2016). *Direito Internacional dos Direitos Humanos – relatório*, Almedina

Martins, Ana Maria Guerra; Roque, Miguel Prata (2014). «A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais – a posição do Tribunal Constitucional português»; *Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português*, 2014. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2014-10-16-00-00/2014-PonenciaPortugal.pdf>

Maxwell, Rita (2014). «The Responsibility to Protect and to Prosecute: Reflections on the Canadian Experience and Recommendations for the Proposed Crimes Against Humanity Convention». In Morten BERGSMO e Song TIANYING (eds.); *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels: 275-301

Miranda, Jorge (1995). *Direito Internacional Público*, Vol. I

Murphy, Sean D. (2015). «New Mechanisms for Punishing Atrocities Committed in Non-International Armed Conflicts». *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 298. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2707722>

Novais, Jorge Reis (2015); *A dignidade da pessoa humana – Dignidade e direitos fundamentais*, Vol. I, Almedina

Ntoubandi, Faustin Z. (2007). *Amnesty for Crimes Against Humanity Under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston

Piqué, María Luisa (2014). «Beyond Territory, Jurisdiction, and Control: Towards a Comprehensive Obligation to Prevent Crimes Against Humanity». In Morten BERGSMO e Song TIANYING (eds.); *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels



Ratner, Steven; Abrams, Jason; Bischoff, James (2009). «Accountability for human rights atrocities in international law – Beyond the Nuremberg Legacy», 3d Edition, Oxford University Press

Robinson, Darryl (1999). «Defining Crimes Against Humanity». *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1: 43-57

Sadat, Leila Nadya (2017). «Putting Peacetime First: Crimes Against Humanity and the civilian population requirement». *Emory International Law Review*, Vol. 31: 199-263

Sadat, Leila Nadya (2013). «Crimes Against humanity in the modern age». *The American Journal of International Law*, Vol. 107: 334-377

Saul, Ben (2008). «Reasons for defining and criminalizing 'terrorism' in international law». The University of Sydney, Legal Studies Research Paper No. 08/121, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1291567&rec=1&srcabs=1291571&alg=1&pos=1

Schabas, William (2008). «State policy as an Element of International Crimes». *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, No. 3: 953-982

Scheffer, David (2011). «Crimes Against Humanity and the Responsibility to Protect». In Leila NADYA SADAT (ed.); *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge: 305-322

Sharf, Michael P.; Newton, Michael A. (2011). «Terrorism and Crimes Against Humanity». In Leila Nadya Sadat (ed.). *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press: 262-278

Teles, Patrícia Galvão; Martins, Daniela (2017). «O Tribunal Penal Internacional: Desafios atuais». *Relações Internacionais*, No. 54: 27-43. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992017000200003&lng=pt&nrm=iso

Teles, Patrícia Galvão (2015). «O Tribunal Penal Internacional e a evolução da ideia do combate à impunidade: uma avaliação 15 anos após a Conferência de Roma». *Janus.Net*, Universidade Autónoma de Lisboa, Vol. 5, nº2: 1-15. Disponível em: <http://observare.ual.pt/janus.net/pt/números-anteriores/89-portugues-pt/v-5,-n-2-2014-novembro-abril/artigos/275-o-tribunal-penal-internacional-e-a-evolução-da-ideia-do-combate-à-impunidade-uma-avaliação-15-anos-depois-a-conferência-de-roma>

Teles, Patrícia Galvão (2003); «Terrorismo e Direitos Humanos». *Janus.Net*, Universidade Autónoma de Lisboa: 1-6. Disponível em: https://www.janusonline.pt/arquivo/2003/2003_2_2_4.html

Trindade, Cançado (2008). «Jus Cogens: The determination and the Gradual expansion of its material content in contemporary international case-law». *Curso* 3: 5-29. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.lr.cv.3-30.pdf>

Zenovic, Predrag (2012). «Human rights enforcement via peremptory norms – a challenge to state sovereignty». *RGSL Research Papers*, No. 6, Riga Graduate School of Law. Disponível em: http://www.rgsl.edu.lv/uploads/files/RP_6_Zenovic_final.pdf