

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.2

DE COMO O ESTATUTO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL CERTIFICA UM NOVO MODELO DE DIREITO PENAL¹

MARIA LEONOR MACHADO ESTEVES DE CAMPOS E ASSUNÇÃO

Decidida a efectuar uma reflexão sobre a moderna problemática jurisdição penal internacional, perspectivando-a do plano do Estatuto do Tribunal Internacional Penal recentemente aprovado em Roma e colocando a tónica na análise crítica desse documento centrada nas questões de direito penal e de direito processual penal, cedo verifiquei a dificuldade de tal tarefa.

Com efeito, tal reflexão coloca-me, necessariamente, na posição de quem, tendo participado activa e intensamente nos trabalhos de elaboração do texto que constitui a base daquele documento, animada de uma supra determinação final-causal, a da indispensabilidade da sua aprovação, se impõe um exercício de análise objectiva, por isso, de distanciamento face ao objecto. Exercício que, não podendo furtar-se a identificar as suas imperfeições e fragilidades, implica, inelutavelmente, o pensar a sua natureza, fundamento e incidências.

É certo que a análise destinada à compreensão de um documento que se apresenta a si mesmo como um diploma legal criador das bases em que assenta um sistema de direito internacional penal englobando normas definidoras de crimes, normas que regulam o processo competente para a sua investigação e punição e definem o exercício de funções pelos órgãos competentes para as aplicar, reconhece, de imediato, a especificidade que caracteriza a fonte de onde dimana este direito, não um acto de afirmação da soberania estadual na concretização do monopólio estadual de punir que legitima o direito penal interno, mas um acto de vontade da comunidade internacional. Mais reconhece que a aplicação prática deste direito, o que é dizer, a eficiência da jurisdição internacional que ele inaugura, tornam imprescindível a constância dessa vontade traduzida no reiterado cumprimento pelos Estados das obrigações decorrentes da pronta ratificação daquele diploma legal.

E, todavia.

⁽¹⁾ O presente trabalho constitui, no essencial, a comunicação apresentada no decurso das Jornadas de Direito Internacional Público organizadas pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros que tiveram lugar, nos dias 14 e 15 de janeiro de 1999, na Fundação Calouste Gulbenkian, em Lisboa.

A constatação da especificidade desse direito e das fragilidades que ele encerra não autoriza, hoje, que se negue a sua existência e incita, antes, a uma reflexão sobre o que, julgo, nele vem indiciado de novo modelo de direito penal, sobre o seu fundamento, a sua estrutura, o seu sentido e os seus fins, bem como sobre os principais problemas decorrentes da inevitável coexistência com os sistemas nacionais de direito penal.

É minha intenção enunciar, aliás, em traços toscos, algumas questões que, julgo, podem constituir elementos essenciais para tal reflexão.

Em primeiro lugar, a questão do âmbito de validade deste direito penal. No plano do âmbito de validade espacial, a questão terá de ser resolvida com recurso a dois vectores que espelham, respectivamente, um *princípio de aplicação ou intervenção subsidiária*² deste direito e a exigência do preenchimento de pressupostos de admissibilidade, posto que se proceda a uma interpretação das normas que constituem, a meu ver, o núcleo central do Estatuto e que são as que definem os crimes, principais, da competência do Tribunal.

Diga-se que para além de condutas consubstanciando crimes contra a administração da justiça, como é o caso da corrupção ou do falso testemunho, cuja importância secundária é denunciada pela sua inclusão sistemática no Capítulo 6 respeitante às regras processuais do Julgamento³ os crimes que, nos termos do art. 5.º, o Tribunal chama a si a tarefa de julgar são os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão. A verdade, porém, é que, quanto aos crimes de guerra, se abre, no art. 124.º, a possibilidade de, durante um período de 7 anos, cada Estado Parte poder subtrair-se à aceitação da jurisdição do Tribunal e o crime de agressão não encontra, por ora, definição dos seus elementos essenciais, o que, à luz do princípio da legalidade, plasmado no art. 22.º, significa a impossibilidade de julgar penalmente tal facto.

Verificando-se que as normas que descrevem os crimes da competência do Tribunal ficam, no seu conteúdo e na sua dimensão, àquem da proposta mais ambiciosa que pretendia alargar o âmbito dessa competência, designadamente aos crimes de tráfico de droga, e no caso dos crimes de guerra ao uso de armas nucleares, é mercê realçar que o Estatuto faz expressa referência a condutas praticadas no âmbito de conflitos armados internos no domínio dos crimes de guerra e criminaliza o recrutamento ou alistagem de menores de 15 anos nas forças armadas ou a sua utilização para participar activamente nas hostilidades.⁴

Projectando as normas definidoras destes crimes no plano da teoria do bem jurídico, tão cara à doutrina penal dominante em países europeus nos quais Portugal se inclui, pode afirmar-se que se cumpriu, no essencial, a finalidade de concretização das condutas ofensivas dos valores ou bens a proteger, ainda que as sucessivas, mas inevitáveis, remissões para diplomas internacionais como as

(2) Ver Maria Leonor Assunção, "O Tribunal Internacional Penal e o mito de Sísifo". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 8, 1998. p. 31.

(3) Art. 70.º do Estatuto do TIP.

(4) Art. 8.º, alíneas c), d) e e) do n. 2.

Convenções de Genebra⁵ e a utilização de expressões vagas abertas à significação possam estimular a discricionariedade do aplicador na sua interpretação, pese embora, a expressa proibição da analogia incriminatória.⁶⁻⁷ Essas condutas, praticadas no âmbito de uma pragmática específica, onde avulta a motivação e as circunstâncias fácticas, constituem tão graves ofensas à vida, integridade física e psíquica, liberdade, *rectius* liberdade sexual e património, que, por isso, se tornaram intoleráveis para a comunidade internacional e se edificaram como razão, fundamento e legitimação da intervenção do Tribunal.⁸

Intervenção que resulta circunscrita às situações configurando condutas subsumíveis aos tipos de crime descritos no Estatuto quando praticadas no território de um Estado Parte ou de um Estado que haja aceitado a jurisdição do Tribunal, ou num barco ou aeronave matriculado nesses Estados ou perpetradas por um nacional desses Estados,⁹ que não constituam crimes da competência da lei penal interna de um Estado,¹⁰ a menos que tal Estado decida não proceder penalmente, evidencie ou torne patente a sua carência de vontade de proceder penalmente ou se encontre impossibilitado de o fazer¹¹ (*princípio da subsidiariedade* da intervenção). Acresce que, por exigência do princípio *ne bis in idem*,¹² está o Tribunal impedido de julgar os crimes da sua competência cujos agentes tenham sido já julgados por outro tribunal ou cujo processo penal decorra ainda, salvaguardados os casos de acobertada má-fé (o processo prossegue a finalidade de fazer subtrair o agente à justiça internacional ou é manifestamente inconsistente com a finalidade de o responsabilizar penalmente) e os casos em que não foram cumpridos os princípios garantísticos reconhecidos pelo direito internacional. Pese a sensatez e a inevitabilidade dos limites à intervenção do Tribunal colocados pelo princípio da subsidiariedade e pelos pressupostos de

(5) Note-se que se seguiu uma técnica próxima da denominada técnica de exemplos-padrão, particularmente quanto aos crimes de guerra – as condutas a integrar na descrição típica do corpo do artigo são vertidas em alíneas com função exemplificativa e não taxativa.

(6) Art. 22.º, n. 2 do Estatuto do TIP.

(7) De resto, o problema de interpretação das normas do Estatuto definidoras das condutas criminosas terá de ser reequacionado após a elaboração do documento intitulado “Elementos dos Crimes” e a sua aprovação pela maioria de 2/3 da Assembleia dos Estados Partes como consta do art. 9.º. Foi, entretanto, por decisão da Assembléia Geral das Nações Unidas, designado um Comité Preparatório para a elaboração do mencionado documento, bem como do documento intitulado “Rules of Procedure and Evidence”.

(8) Já neste sentido, Maria Leonor Assunção, “Introdução ao tema crimes de guerra e crimes contra a humanidade”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 6, 1996. p. 66 e, também, op. cit. nota 2, p. 31.

(9) Art. 12.º.

(10) Arts. 1.º, 17.º, 18.º e 19.º.

(11) Art. 17.º.

(12) Art. 20.º.

admissibilidade, solução de compromisso encontrada no limiar do que, justamente, podia ser entendido como uma insustentável ingerência nos sistemas estaduais de justiça, prevejo dificuldades na classificação das situações de má-fé que legitimam o Tribunal a intervir. Naturalmente, irão suscitar-se problemas de concurso de crimes.

O âmbito de validade temporal deste direito penal determina-se pela densificação de um princípio comumente reconhecido pelo direito penal moderno, o princípio da proibição da sua aplicação retroactiva (a factos que tenham tido lugar antes da sua entrada em vigência), com a limitação que, no caso de sucessão de leis no tempo, decorre da consagração do princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido.¹³

Quanto ao âmbito de validade pessoal, deve ser enfatizado que as normas do Estatuto se aplicam a pessoas singulares¹⁴ maiores de 18 anos.¹⁵ Refira-se ainda, por um lado, o expresso afastamento de privilégios e imunidades inerentes às funções oficiais do arguido, como obstáculos à responsabilização penal¹⁶ (que, contudo, mal se compatibiliza com os limites à cooperação judiciária vertidos no n. 1 do art. 98.º), e por outro, o especial cuidado posto na responsabilização, quer por comissão por acção, quer por comissão por omissão, de chefes militares, pessoas com funções de comando militar ou funcionários civis exercendo determinada autoridade,¹⁷ responsabilização que, ao menos nas duas primeiras categorias, poderá revestir a forma de negligência grosseira, o que constitui excepção à regra geral do art. 30.º que determina que a responsabilização penal seja sob a forma dolosa.

No que toca à definição dos pressupostos da infracção e das causas que excluem a responsabilidade penal merece-me particular realce a norma que descreve as formas de participação no crime,¹⁸ que, de modo que, técnica e sistematicamente, é, pelo menos, atípico, criminaliza a conduta de incitamento directo e público ao genocídio. A respeito do crime de genocídio é, no meu entender, de saudar o expresso afastamento da legítima defesa do património,¹⁹ bem como da obediência devida,²⁰ como causas de exclusão da responsabilidade por tal crime.

Convém realçar a inadmissibilidade da prescrição como causa da extinção da responsabilidade penal ou da pena.²¹

Ainda quanto à parte penal substantiva do Estatuto direi que o sistema punitivo, na parcimónia das normas que a ele respeitam, se caracteriza pela submissão

(13) Art. 24.º

(14) Art. 25.º

(15) Art. 26.º

(16) Art. 27.º

(17) Art. 28.º

(18) Arts. 25.º.

(19) Art. 31.º, n.º 1 alínea c).

(20) Art. 33.º

(21) Art. 29.º

a um princípio de estrita legalidade,²² por uma recusa da pena de morte e pela restrição da pena de prisão perpétua aos casos de extrema gravidade do crime, atento o elevado grau de culpa do agente, sendo que, a aplicação desta pena se encontra ligada a um mecanismo obrigatório de revisão, cumpridos que sejam 25 anos.²³ Esperemos que as normas que, sobre o critério de determinação da medida pena, vierem a constar do Regulamento relativo ao Processo e à Prova,²⁴ documento a elaborar posteriormente, não constituam desvios ou entorses ao princípio, indubitavelmente de saudar, que manda o tribunal atender às circunstâncias referentes ao facto e ao agente, ou, seja à ilicitude e à culpa e opta por uma pena conjunta no caso de concurso verdadeiro de infracções.²⁵

Sobre o sistema processual que vem desenhado pelas normas penais de natureza adjectiva do Estatuto se pode dizer que corresponde, basicamente, ao modelo de processo garantístico, sucessivamente reflectido em Instrumentos Internacionais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e reafirmado nas Conclusões do 15.º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal realizado no Rio de Janeiro em 1995 que aprovaram as denominadas Recomendações de Toledo. Apresenta uma estrutura predominantemente acusatória, em que avultam os princípios do contraditório e da publicidade da audiência, patenteada pela separação material entre a entidade que julga, e a entidade que investiga, e pela outorga de um poder aos sujeitos processuais, Procurador e arguido de participarem constitutivamente na decisão do caso.²⁶

Com efeito, atribui-se ao Procurador, um órgão que se caracteriza pela sua independência, não se encontra vinculado a quaisquer instruções e pela sua autonomia, a competência para o exercício da acção penal a investigação da notícia do crime, a decisão relativa à existência de fundamentos quer para iniciar a investigação quer para elaborar a acusação dentro de um quadro de estrita legalidade e objectividade ainda que com um afloramento de uma ideia de oportunidade.²⁷ Sujeita-se, não obstante, a sua actuação a um sistema apertado de

(22) Art. 23.º.

(23) Art. 77.º alínea b) e art. 110.º, n. 3.

(24) "Rules of Procedure and Evidente" a vigorar após adopção por uma maioria de 2/3 da Assembleia dos Estados Partes de acordo com o art. 51.º. Ver nota 7.

(25) Art. 78.º.

(26) Sobre a compreensão da estrutura processual basicamente acusatória, *maxime*, a sua articulação com a participação no processo dos sujeitos processuais, ver Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, lições coligidas por Maria João Antunes, Secção de Textos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988/9, "A Reforma do Processo Penal na Europa: o exemplo português", comunicação apresentada à secção jurídico-penal da Sociedade de Direito Comparado, 1992 e, ainda, "Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal". *O novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1997. p. 3 e ss.

(27) Com efeito, havendo, embora, suficientes indícios ou prova bastante da prática do crime, tendo em atenção o circunstancialismo que rodeia o crime, designadamente,

fiscalização que, se de uma parte, faz depender a legitimidade para investigar de queixa a efectuar por um Estado Parte²⁸ ou pelo Conselho de Segurança,²⁹ de outra parte, nos casos em que a investigação é efectuada por iniciativa do Procurador com base em informação recolhida através de uma heterogeneidade de fontes, organizações intergovernamentais, organizações não governamentais, órgãos das Nações Unidas, ou outras (aqui se incluindo vítimas e testemunhas),³⁰ condiciona o desencadear do processo investigatório a autorização do Tribunal (ou Câmara) de Audiência Preliminar,³¹ entidade a quem compete avaliar a decisão do Procurador de não dar início à investigação, em certas condições solicitar àquele uma alteração de tal decisão³² e pronunciar-se sobre a acusação elaborada no final da fase investigatória, realizada que seja uma audiência preliminar à qual preside. Há que afirmar que, tal como em sistemas processuais de raiz continental como é o português, este Procurador não prossegue no processo um interesse necessariamente oposto ao do arguido.³³ A comprová-lo, o dever de investigar à *charge et à décharge*, o dever de comunicar prontamente ao arguido os elementos probatórios que recolha que possam fundamentar a sua inocência, abalar a acusação ou ter incidência no domínio da diminuição da pena e o poder de recorrer em representação e em favor do arguido.³⁴

A tarefa de julgar é cometida ao tribunal de 1.ª instância cujas funções são estabelecidas com base num princípio de investigação.³⁵ Com latos poderes de fiscalização e controlo da audiência de julgamento, designadamente do cumprimento dos direitos e garantias de defesa do arguido e de definição dos critérios de

a sua gravidade, o interesse das vítimas e a idade do suspeito ou doença de que o mesmo padeça, pode o Procurador decidir não haver fundamento razoável para proceder penalmente se se verificar *haver razões substanciais para formar a convicção de que o procedimento não serve os interesses da justiça*. Ver art. 53.º, n. 1 alínea c) e n. 2 alínea c). Decisão esta sindicada, quer pelo Estado Parte autor da queixa ou pelo Conselho de Segurança nos casos em que a situação é referida ao Tribunal por esta entidade actuando nos termos do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, quer pelo Tribunal de Audiência Preliminar (*Pre-Trial Chamber*), entidade a quem compete, de *motu proprio*, rever tal decisão. Ver, art. 53.º, n. 3.

(28) Art. 13.º, alínea a) e art. 14.º.

(29) Art. 13.º, alínea b).

(30) Art. 15.º.

(31) *Pre-Trial Chamber* na versão inglesa, *Chambre Préliminaire* na versão francesa e *Sala de Questiones Preliminares* na versão espanhola.

(32) Art. 53.º.

(33) A propósito da relação entre o Ministério Público e o arguido no processo penal cf. Cunha Rodrigues, "Sobre o princípio de igualdade de armas". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1, 1991, p. 77 e ss, e Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal* I, 1974, p. 254, 249 e 471.

(34) Arts. 54.º, n. 1, alínea a), 67.º, n. 2 e 81.º, n. 1 alínea b), n. 2, alínea a).

(35) Sobre o princípio de investigação a integrar uma estrutura processual basicamente acusatória, Figueiredo Dias, op. cit. nota 26.

valoração da prova, compete aos juízes do julgamento, nos limites definidos pela acusação que fixa o objecto do processo, investigar, independentemente das contribuições do Procurador ou do arguido e do seu representante, o facto sujeito a julgamento.³⁶ De aplaudir, a recusa do sistema da *plea-bargaining*.³⁷

Realce-se que a posição processual do Procurador e dos juízes, que compõem os vários Tribunais (ou Câmaras), integrada por um regime de escusas e impedimentos³⁸ a regulamentar no Regulamento do Processo e da Prova, deve ser compreendida à luz do respectivo estatuto conformado por um sistema de incompatibilidades, e de imunidades, bem como pela definição das condições de que depende a demissão do cargo.³⁹ Estatuto que, pese embora a especificidade da eleição dos juízes,⁴⁰ indiciadora de uma determinada dimensão política, é pehor da isenção no cumprimento das funções que lhes são cometidas.

Uma palavra sobre a posição processual do arguido. Ao invés da vítima, cujo estatuto só não se dilui no da testemunha porque para além de lhe ser outorgado um periférico e residual espaço de intervenção na comunicação da notícia do crime ao Procurador, na definição do sistema de protecção que a ela respeita, é ouvida no âmbito da determinação da reparação,⁴¹ o arguido é um verdadeiro sujeito processual.⁴² Sujeito processual na medida em que a sua intervenção é apoiada por um conjunto de direitos e garantias que encontram fundamento no princípio do respeito pela sua dignidade de pessoa humana. Deste princípio decorrem como suas imediatas manifestações o princípio da presunção de inocência⁴³ e os seus corolários,⁴⁴ o princípio *in dubio pro reo* e a proibição da inversão do ônus da prova,⁴⁵ proibição do uso de meios coactivos ilegais, i.e., em desconformidade com o Estatuto e com desrespeito pelos direitos humanos internacionalmente reconhecidos⁴⁶ e o princípio do respeito pela sua autonomia da

(36) Arts. 64.º e 69.º.

(37) Art. 65.º, n. 5.

(38) Arts. 41.º e 42.º.

(39) Art. 46.º.

(40) Art. 36.º.

(41) Arts. 15.º, 68.º, n. 3, 75.º, n. 3.

(42) Acerca da compreensão do conceito de sujeito processual, Figueiredo Dias, "Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal", op. cit. nota 26.

(43) Com referência ao princípio e sua dimensão, Figueiredo Dias, "La protection des Droits de L'Homme dans la Procédure Pénale. Rapport du Groupe National Portugais de I.J.D.P.". *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978. n. 3, p. 267 e ss.

(44) Cf. Maria Leonor Assunção, "Criminal Procedure in Macau: Structure and fundamental principles". *The Right to Fair Trial in International and Comparative Perspective*, Centre for Comparative and Public Law, The University of Hong Kong, 1997. p. 72-73.

(45) Arts. 66.º e 67.º, n. 1, alínea i).

(46) Proibição que, contudo, não é integral, na medida em que se admite a possibilidade de acolhimento e avaliação de prova obtida por meios ilegais que não seja

vontade. De uma parte, a proibição do uso de qualquer mecanismo de coacção para obter a confissão que deve ser valorada quando prestada livremente e com completo conhecimento dos efeitos que dela emergem⁴⁷ e, de outra parte, o direito ao silêncio, concretamente, o direito a que a sua recusa em prestar declarações sobre os factos de que vem acusado não o prejudique, no domínio, quer da decisão sobre a aplicação de uma medida processual detentiva, quer da decisão sobre a medida da pena.⁴⁸ O núcleo de direitos e garantias do arguido abrange, mais, o direito de se fazer representar por um advogado, o da sua escolha,⁴⁹ o direito de ser informado em língua que compreenda, dos factos que lhe imputam, o direito de contraditar, de recorrer de sentenças que lhe são desfavoráveis.⁵⁰

Vai sendo tempo de concluir. E, ao fazê-lo, seja-me permitido que me furte, por ora, a efectuar um juízo firmado sobre a eficácia futura deste direito penal, o que é dizer dos modos de concretização prática através da sua aplicação ao caso concreto pelos órgãos competentes, que, naturalmente, muito dependerá do atempado cumprimento pelos Estados dos princípios que conferem sentido e consistência aos institutos de cooperação judiciária e de execução das sentenças.⁵¹ E que reafirme a importância da reflexão sobre a função e os fundamentos que o caracterizam como novo modelo de direito penal.

Dirige-se este direito à tutela de um conjunto de valores, mínimo, pela repressão das condutas que configuram ofensas gravíssimas a esses valores. A elas se refere o preâmbulo do Estatuto do Tribunal, classificando-as como “graves atrocidades de que têm sido vítimas homens, mulheres e crianças durante este século que chocam profundamente a consciência da humanidade” e, por isso, não só merecem, como impõem, o veemente repúdio da comunidade internacional.

A prática de atrocidades não é apanágio do século XX, ainda que este século possa, em definitivo, vir identificado com a sua prática em larga escala.

Ao longo da história dos homens são inúmeros os casos em que se atentou violentamente contra o homem e se concretizaram actos que se inscrevem no moderno conceito de genocídio. O sistemático extermínio da população índia da América, as perseguições religiosas dos séculos XVI e XVII, os pogroms contra os judeus russos no século XIX, são, apenas, alguns exemplos.

No final da Segunda Guerra Mundial, quem teve a prerrogativa de escrever o final do conflito julgou e condenou condutas que, a despeito da tímida tentativa

contraditória ou ofensiva da integridade do processo e não cause dúvida sobre a credibilidade dessa prova no n. 7 do art. 69.º, o que, a meu ver, constitui um desrazoável e incompreensível desvio ao aludido princípio de proibição da prova.

(47) Art. 65.º.

(48) Arts. 55.º e 67.º.

(49) V. todavia, a admissibilidade de renúncia ao defensor e a não obrigatoriedade de nomeação de advogado. Compete ao tribunal decidir sobre a necessidade de nomeação de defensor face a exigências de realização da justiça.

(50) Arts. 67.º e 81.º e ss.

(51) Capítulos 9 e 10 do Estatuto do TIP.

de 1918, em Versalhes, pela primeira vez foram vertidas em letra de forma, cognominadas “crimes contra a humanidade”. No plano do direito penal europeu que desde o século XIX se alicerça no princípio da legalidade e que durante o século XX tem efectuado uma busca incessante da verdade onde radica o fundamento axiológico que legitima a intervenção coactiva na esfera dos cidadãos, o poder de punir, e, mais, vem reconhecendo a irrenunciável dimensão histórico-cultural que deve possuir um direito penal que se pretende válido e justo, este acontecimento pautou-se em perplexidades.

A doutrina e a jurisprudência alemãs do pós-guerra espelham o dilema, aparentemente insolúvel,⁵² que as espartilhava entre a escolha do recurso aos princípios supra-legais do direito natural que dotando, embora, o direito penal de um fundamento subjectivo e acrítico, permitia julgar e condenar os autores de actos de delacção, os juízes que enviaram pessoas para os campos de concentração e os funcionários que executavam essas decisões judiciais e a escolha da valoração desses actos de acordo com o direito positivo, à luz do qual parecia não ser possível a condenação. Os delatores, os juízes e os funcionários cumpriam a lei vigente. O que conduzia ao resultado insuportável: “a justiça penal absolvía-se a ela mesma da sua participação no terror nazi”.⁵³

Desde então, os Códigos Penais de vários países tipificaram o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, o crime de guerra e, em alguns casos, colocaram limites ao recurso à obediência devida como forma de afastar a responsabilização dos seus autores.

A convicção de que nem a razão de Estado, nem a segurança nacional ou necessidades militares, nem a ideologia ou as concepções religiosas justificam actos que ofendem irremediavelmente a dignidade da pessoa e, por isso, afectam a integridade de valores que constituem património universal, vem impressivamente inscrita nas normas do Estatuto do Tribunal Internacional.

Ao ser aprovado por 121 Estados, certifica tal documento a mínima base consensual que, na esteira de Habermas, legitima e torna válido o sentido normativo que nele habita. Consenso que logrou atingir-se em redor do que com Humberto Eco se pode chamar “o novo limiar de intolerabilidade”.⁵⁴

Cada acto de genocídio, de sofrimento infligido à população civil durante um conflito armado (lamentavelmente, o limite do intolerável não abarca ainda a guerra), de tortura ou de violação, significa a solene proclamação do intolerável⁵⁵ na medida em que estiliza a ideia de homem e, nas impressivas palavras de Voltaire, “desonra a natureza humana”.⁵⁶

(52) Ver Hassemer, “História das Ideias Penais”, Associação de Alunos da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995. p. 13 e ss.

(53) Idem, ibidem, p. 18.

(54) Migrações, tolerância e intolerável”. *Cinco escritos morais*, Difel, 1998, p. 121.

(55) Idem, ibidem.

(56) Apud. André Gluksmann, “E Voltaire inventou a televisão”. *O bem e o mal*. Cartas imorais de Alemanha e de França, Ed. Inquérito, 1998. p. 238.

Mercê dos meios de informação que, impiedosamente, oferecem todo o horror de tais actos à contemplação dos cidadãos do Mundo, os olhos do Candide de Voltaire que observa as atrocidades praticadas no imenso campo de batalha da Europa são, hoje, os olhos de cada um de nós.⁵⁷

Esta dimensão do intolerável, deste modo partilhada, torna impossível a evasão, o esquecimento e impõe-nos uma co-responsabilização como forma de luta contra a negação da existência humana que nesses actos vem simbolizada.

Co-responsabilização cuja assunção vai, em última instância, emprestar força ao direito internacional penal, enquanto simboliza o que de mais essencial contém o conceito de alteridade como ensina Emmanuel Lévinas, o respeito pelos direitos de corporalidade do Outro fundado na convicção íntima de “quem sente o seu direito de existir, constantemente, ameaçado na hora quotidiana em que o outro sofre e morre”.⁵⁸

(57) Cf. André Gluksmann, op. cit., p. 236 e ss.

(58) Catherine Chalié, “Lévinas – a utopia do humano”, Instituto Piaget, p. 128.