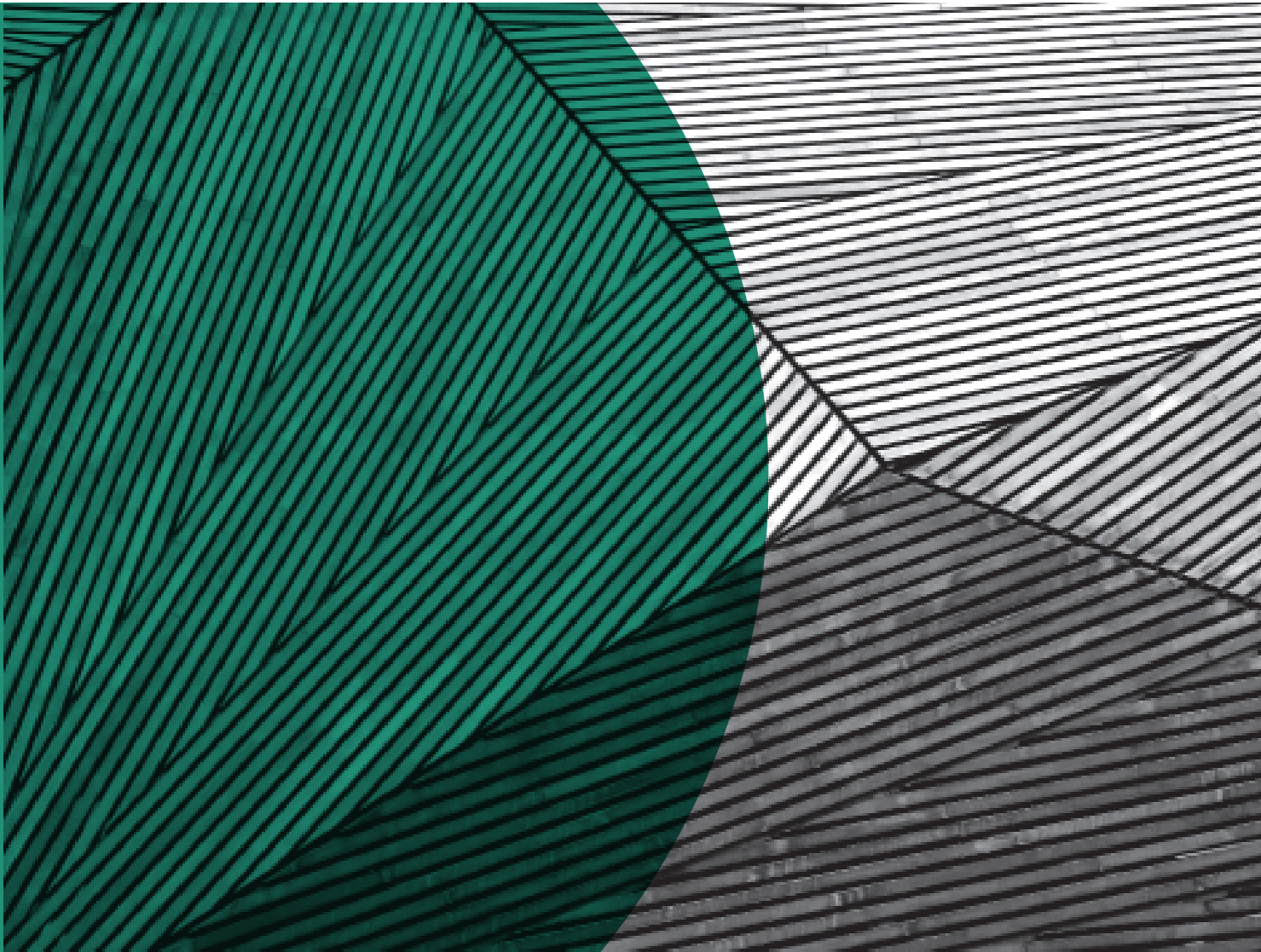


O ACORDO COM VISTA À PRÁTICA DE GENOCÍDIO

O CONCEITO, OS REQUISITOS E O FUNDAMENTO DA PUNIÇÃO DO «CONTRATO CRIMINAL»

IVO MIGUEL BARROSO



O ACORDO COM VISTA À PRÁTICA DE GENOCÍDIO. O CONCEITO, OS REQUISITOS E O FUNDAMENTO DA PUNIÇÃO DO «CONTRATO CRIMINAL»

IVO MIGUEL BARROSO*

SUMÁRIO: Introdução. **PRIMEIRA PARTE. ESTRUTURA DO TIPO DO ACORDO COM VISTA À PRÁTICA DE GENOCÍDIO.** § 1.^a Preliminares. 1. Filiação na teoria jurídico-penal — crimes plurissubjectivos ou de participação necessária § 2.^a Fontes. 1. Fontes internacionais 1.1 Julgamentos de Nuremberga. Primeira expressão em Direito Penal internacional da “*conspiracy*”, com vista a iniciar uma guerra de agressão 1.2 Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio 2. Fonte nacional § 3.^a O bem jurídico protegido. 1.1 Um crime de perigo abstracto 1.2. O bem jurídico concretamente protegido § 4.^a Conceito de conspiração. 1. Generalidades. Noção de conspiração 2. Distinções conceptuais em relação ao acordo com vista à prática de genocídio. 2.1 Figuras próximas 2.1.1 Conspiração, proposta, provocação, constando na Parte Geral 2.2 Figuras afins 2.2.1 Punição de actos preparatórios 2.2.2 Situações de comparticipação criminosa § 5.^a Tipo de ilícito §§ 1.^a Tipo objectivo. 1. Sujeitos. Requisito quantitativo 3. A acção típica 3.1 “*Acordo*”, “*acordar*” 3.3 Os meios de chegar a acordo 3.3.1 A possibilidade de acordo tácito 4. Os requisitos do acordo 4.2 O conteúdo do acordo. “*com vista à prática de genocídio*” 4.2.1 O acordo implica necessariamente a realização de actos executivos de genocídio? 4.2.2. Acordo condicionado §§ 2.^a Tipo subjectivo 1. Não coincidência total entre os tipos subjectivos do acordo e do genocídio. 2. O dolo na conspiração 2.1.1 A possibilidade de dolo eventual. 3. “*com a intenção de destruir...*” 3.1 Ordenação dos elementos subjectivos especiais 3.2 Dificuldade de prova § 6.^a § 7.^a Formas especiais de aparecimento do crime §§ 1.^a Outras condições de punibilidade 3. Desistência §§ 2.^a Participação na acção de conspiração §§ 3.^a Relação de concurso §§§ 1.^a Dinâmica §§§ 2.^a Concurso. 1. Concurso efectivo — *Common Law* 2. Concurso aparente 2.2 Subsidiariedade 2.3 Consumpção § 8.^a Moldura penal § 9.^a Especificidades processuais penais. **SEGUNDA PARTE. ENQUADRAMENTO TEORÉTICO-CONSTRUTIVO.** § 1.^a Os obstáculos à incriminação e a sua superação. 2. Premissas 3. A impunidade geral das fases anteriores à tentativa 4. Direito Penal simbólico 5. O perigo de execução do facto e a sua prevenção 6. Vinculação conspiracional 7. Resposta a outras objecções 8. Justificação da “*law of conspiracy*” 9. A inserção da conspiração no mecanismo complexo de repressão 10. As cautelas na utilização pelo legislador da incriminação 10.1 A pontualidade da incriminação da conspiração § 2.^a A fundamentação material da proibição. 1. A gravidade do crime de genocídio 2. A intolerabilidade dos crimes contra a humanidade 3. Perspectiva filosófica. O Mal 4.

Publicado in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume V, Direito Público e Vária, Estudos organizados pelos Professores Doutores ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO / LUÍS MENEZES LEITÃO / JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Almedina, Coimbra, 2003, pgs. 215-338 (339-423).

* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Memória histórica. Lastro histórico jusinternacional 5. A afirmação preventiva de um princípio de autolimitação estatal ou para-estatal 6. A salvaguarda da dignidade da pessoa humana, no “*crime dos crimes*” 7. A violação dos limites últimos da justiça § 3.^a Proposta “*de jure condendo*” de incriminação de actos preparatórios com vista à prática de genocídio. Conclusões. ANEXOS. ANEXO I. EXEMPLOS DE GENOCÍDIO. 1. Genocídio dos Hebreus no Egipto. 2. Genocídio dos Arménios no Império Otomano. 3. Genocídio nazi. 3.3 Os passos iniciais. 3.5 O extermínio dos judeus. 3.5.1 Os campos de concentração e os campos de extermínio. 3.5.2 A “vida” quotidiana. 3.5.2.1 O “*muçulmanismo*” 3.7 Reflexão. 3.7.1 Sistema totalitário. 3.7.2 A ausência de necessidade militar. 4. Genocídio no Ruanda ANEXO II. GENOCÍDIO 1. Origem contemporânea. 2. Fontes. 2.1 Fontes internacionais 2.2 Fontes nacionais. 2.3 Comparação entre as fontes. 3. Carácter “*iuris cogentis*” 4. A admissibilidade da protecção da Humanidade como bem jurídico 4.4 O bem jurídico protegido pela incriminação do genocídio 4. Tipo legal de crime 4.1 Tipo objectivo de ilícito 5.1.1 Sujeito passivo. Grupos protegidos 5.1.1.1 Exclusão de outros conceitos de genocídio 5.1.1.1.1 Genocídio político 5.1.2 No todo ou em parte 5.1.3 Genocídio físico e genocídio biológico 5.1.4 Actos das alíneas 5.1.4.2 Relação entre os actos 5.2.1 Elemento subjectivo especial de ilicitude. “*Com intenção de destruir...*” 5.2.1.1 Ordenação dos elementos subjectivos especiais de ilicitude 4.2.2 Dificuldade de prova. Caso Alcindo Monteiro e outros 6. Especificidades participativas ANEXO III. *TODESFUGE*, DE PAUL CELAN. 2. *Todesfuge*. 3. Tradução. *Fuga de morte* 4. PAUL CELAN. O coração em cinza.

INTRODUÇÃO

O genocídio é o “*crime dos crimes*”¹⁻², “*a negação do direito à existência de grupos humanos inteiros*”; “*tal negação do direito à existência comove a consciência humana, causa grandes perdas à humanidade, na forma de contribuições culturais e de outro tipo representadas por esses grupos humanos e é contrária à lei moral e ao espírito e aos objectivos das Nações Unidas e é condenado por todo o mundo civilizado*”. As afirmações estão contida na R-96 da ONU.

O acordo com vista ao genocídio é um tema de intersecção entre os crimes contra a Humanidade e a participação criminosa.

Com efeito, a planificação comum, o “*complot*” de pessoas com vista à comissão de um de determinado crime pertence a um universo constituído por comportamentos impunes.

Incriminar o mero acordo conspiratório é uma excepção ao princípio “*cogitationes poenam nemo patitur*”, mediante a criação de crimes especiais na Parte Especial, por via de uma extensão de punibilidade correlativamente aos princípios gerais.

¹ ABREVIATURAS

ABREVIATURAS DE ACTOS NORMATIVOS E JURISPRUDENCIAIS: **CC**=*Código Civil (Português)* — aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966, com alterações posteriores; **C.P.**=*Código Penal (Português)* — aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, com alterações posteriores; **CPRCG**=Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, adoptada em 1948; entrou em vigor em 1951; **ER**=Estatuto de Roma; **ETCR**=Estatuto do Tribunal Criminal Internacional “*ad hoc*” para o Ruanda (criado pela Resolução n.º 955, de 8 de Novembro de 1994, do Conselho de Segurança da ONU, após a violenta guerra inter-étnica entre Hutus e Tutsis, e a pedido do Governo Ruandês); **ETCJ**=Estatuto do Tribunal Criminal Internacional para julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia desde 1991 (a criação do Tribunal foi aprovada pela Resolução do Conselho de Segurança n.º 808, de 23 de Fevereiro de 1993, nos termos que constavam do anexo do Relatório do Conselho de Segurança das Nações Unidas; a Resolução n.º 827, de 25 de Março de 1993, adoptou o Estatuto do Tribunal); em Portugal, foi tornada pública através do Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros n.º 100/ 95, publicado no Diário da República n.º 109/95, Série A, de 11-5-1995. **R96**=Resolução da ONU n.º 96 (I), de 11 de Dezembro de 1946. ABREVIATURAS DE ÓRGÃOS E INSTITUIÇÕES: **AAF DL**=Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa; **CEJ**=Centro de Estudos Judiciários; **FCG**=Fundação Calouste Gulbenkian; **ONU**=Organização das Nações Unidas; **PGR**=Procuradoria-Geral da República; **TC**=Tribunal Constitucional (português); **TCIR**=Tribunal Criminal Internacional “*ad hoc*” para o Ruanda; **TCIJ**=Tribunal Criminal Internacional “*ad hoc*” para a ex-Jugoslávia; **TPI**=Tribunal Penal Internacional. ABREVIATURAS DE PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS, REVISTAS, ENCICLOPÉDIAS, COLECTÂNEAS, OBRAS COLECTIVAS E RECOLHAS DE JURISPRUDÊNCIA: **AA.VV.**=Autores vários (obra colectiva); **ADPCP**=*Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*; **ATC**=*Acórdãos do Tribunal Constitucional*; **BFDUC**=*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*; **BMJ**=*Boletim do Ministério da Justiça*; **DJ**=*Revista Direito e Justiça*; **Dpen**=*Doctrina Penal*; **ED**=*Enciclopedia dell Diritto*; **EHCR, I**=*Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. 1, Homenagens pessoais. Penal. Processo Penal. Organização Judiciária, org. de Jorge de Figueiredo Dias, Ireneu CABRAL BARRETO, Teresa Pizarro Beleza, Eduardo Paz Ferreira, Coimbra Ed., 2001; **OD**=*O Direito*; **RDPSP**=*Revue de Droit Public et de la Science Politique (en France et à l'étranger)*; **RFDUL**=*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*; **RICR**=*Revue Internationale de la Croux-Rouge*; **RIDP**=*Revue Internationale de Droit Pénal*; **RIDPP**=*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*; **RJ**=*Revista Jurídica*, da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa; **RLJ**=*Revista de Legislação e Jurisprudência*; **RMP**=*Revista do Ministério Público*; **RPCC**=*Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. OUTRAS ABREVIATURAS: **al.**=alínea; **apud**=segundo; **D.L.**=Decreto-Lei; **ed.**=edição; **ed. lit.**=editor literário; **ID.**=o mesmo autor; **int.**=introdução; **trad.**=tradução.

² Sentença “*KAMBANDA*” do Tribunal Criminal Internacional “*ad hoc*” para o Ruanda (fonte: site da Internet www.ictj.org/ENGLISH/cases/).

Neste ponto, o Legislador preocupou-se em dar um conteúdo material às figuras reguladas, renunciando a utilizar o conceito de participação criminosa. Existe, pois, um “*nomen juris*” próprio³, um conceito material de conspiração, com inspiração noutros ordenamentos jurídicos.

O acordo é uma conduta desunida, dada a fraccionabilidade do “*iter criminis*”, antecipando a coloração do facto criminoso. A conspiração vive como potência, não como resultado; ela é imaterial. O acordo, no seu núcleo originário, comprimido, é uma fusão de algo secreto e impuro; destinado, todavia, a expandir-se, agilizando-se, abandonando, desse modo, a forma estilizada que habita inicialmente.

Enunciando as questões juridicamente relevantes, importa saber:

- qual a genealogia do tipo⁴;
- qual a estrutura típica do acordo, qual o âmbito de aplicação, quais as actividades proibidas;
- quais os requisitos para o acordo ser punível;
- quais as especificidades do tipo;
- quais os obstáculos dogmáticos à positivação do acordo;
- quais as razões que presidem à incriminação do acordo e, em caso afirmativo, indagar se são admissíveis correlativamente aos princípios do Direito Penal, nomeadamente em relação à sua vocação para a protecção de bens jurídicos. Será a antecipação do momento consumativo compensada pela estrutura finalística do acordo?

PRIMEIRA PARTE

ESTRUTURA DO TIPO DO ACORDO COM VISTA À PRÁTICA DE GENOCÍDIO

O método a utilizar é o de analisar a letra da lei, os elementos históricos, a experiência do direito estrangeiro, pressupostos metodológicos de co-implicação entre o tipo e os seus elementos (HASSEMER); a orientação metodológica e a pré-compreensão hermenêutica sugerem claramente o primado dos sentidos

³ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración para cometer el delito: interpretación del art. 4, I, CP (los actos preparatorios de la participación)*, Bosch, Barcelona, 1978, pg. 19.

⁴ Genealogia, segundo FOUCAULT consiste numa história, mas não uma história do passado: uma história do presente, respeitante às condições de emergência dos seus objectos como existem agora. Genealogia é uma história específica: desvenda as origens modernas e a contingência de instituições e ideias grandiosas e veneradas (PETER FITZPATRICK, *A criação do sujeito de Direito nas genealogias de Michel Foucault*, trad. de Maria Teresa Bezeza, in *RMP*, ano 8.º, n.º 30, Abr.-Jun. de 1987, pg. 12).

imanescentes ao próprio tipo; é o próprio tipo a produzir que é condição necessária para a sua compreensão.

O princípio hermenêutico é o de que “a compreensão e alcance a adscrever aos singulares elementos da factualidade típica hão-de estar em consonância com a densidade axiológica e teleológica das pertinentes incriminações. Nomeadamente, com os bens jurídicos a proteger e com as manifestações de danosidade social a prevenir. Terá de ser assim por obediência ao moderno pensamento hermenêutico segundo o qual «só em função do tipo» podem os singulares elementos da factualidade (...) ganhar sentido normativo.”⁵.

A partir deste postulado, só é possível compreender o sentido da expressão “acordo” recorrendo a um manual de Direito Penal ou a um comentário⁶.

§ 1.ª PRELIMINARES

1. Filiação na teoria jurídico-penal — crimes plurissubjectivos ou de participação necessária

Numerosos tipos do Código Penal pressupõem para a construção do tipo a colaboração de vários sujeitos. Assim, exigem a participação de mais de uma pessoa, por convergência de contributos entre os vários agentes de forma a preencher o tipo de ilícito, para a realização integral do tipo de ilícito⁷. Sujeito colectivo é o que é constituído por uma pluralidade de pessoas, sem a qual o crime não se pode verificar⁸.

⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre os crimes de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção e de desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado* in *RPCC*, ano 4, fasc. 4, 3.º, Jul.-Set. de 1994, pg. 355.

⁶ Como refere HASSEMER “Não são apenas os elementos que constróem o tipo, pois também o tipo constrói os elementos. É o tipo que os converte em algo, que os encontra e isto no verdadeiro sentido da palavra”.

Nas relações entre o tipo e as suas partes depara-se-nos algo como uma função no sentido de que o tipo só é compreensível a partir das suas partes e estas, por sua vez, só o são a partir do tipo.

Há uma relação de implicação, co-criação e codeterminação de sentidos entre o tipo e os elementos que os integram. O que define estes elementos é a sua função hermenêutica no contexto do tipo: em rigor, eles são esta função (HASSEMER *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra Ed., 1991, pgs. 245-246).

Para o jurista, está acima de toda a dúvida que os elementos constitutivos do tipo só podem ser compreendidos linguisticamente a partir do tipo, sendo igualmente certo que ele só chega a saber o que o tipo diz a partir do que os elementos constitutivos dizem (HASSEMER *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, pg. 246).

⁷ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade* in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Volume I. Problemas Gerais*, Eduardo CORREIA *et al.*, Coimbra Ed., 1998 (= in *RPCC*, 7, 1997, pgs. 7-100), pg. 240-241.

⁸ JOSE ORTEGA COSTALES, *Teoria de la parte especial del Derecho Penal*, Salamanca, 1988, pg. 46.

Os tipos de crime mencionados pertencem a uma categoria de crimes caracterizada em função do agente⁹, designada como de participação imprópria ou necessária, *fattispecie* plurissubjectiva ou pluripessoal, que se opõe à *fattispecie* monossubjectiva (concurso eventual¹⁰).

1.1 A bipartição mais conhecida dos crimes plurissubjectivos é, desde FREUDENTHAL, de dois grandes grupos¹¹, consoante o efeito oposto ou recíproco:

- os crimes unilaterais ou de convergência;
- os crimes de encontro.

O acordo com vista à prática de genocídio é um crime unilateral ou de convergência, caracterizado, pois, pela actuação conjunta ou acessória de várias pessoas dirigida a uma meta comum; o encontro das diversas actuações de vontade tem um efeito constitutivo do tipo¹²⁻¹³.

§ 2.ª FONTES

A protecção penal da Comunidade Internacional, *rectius*, da Humanidade, pode conceber-se numa dupla perspectiva: i) uma, rigorosamente inovadora e integralmente internacional, é a que elabora normas punitivas pela Comunidade em seu nome, com ou sem o beneplácito dos Estados; outra, tradicional, no interior dos próprios Estados, mercê de normas originariamente de Direito interno, mas projectadas para o exterior, por se referirem a interesses comunitários.

1. Fontes internacionais

1.1. Julgamentos de Nuremberga. Primeira expressão em Direito Penal Internacional da “*conspiracy*”, com vista a iniciar uma guerra de agressão

⁹ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º volume, AAFDL, 1999, pg. 113.

¹⁰ Neste, o tipo legal de crime pode ser preenchido individualmente, por qualquer sujeito, em princípio, ganhando especificidades se houver interacção de vários sujeitos comparticipantes (ALFONSO REYS ECHANDÍA, *Tipicidad*, sexta ed., Temis, Bogotá, Colombia, 1989, pg. 169).

¹¹ HANS WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Dr. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, 1956, pg. 128; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. segundo, trad. e notas de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981 (original: *Lehrbuch des Strafrechts*, 3.ª ed., Berlim, 1978), pgs. 968-971.

¹² REINHART MAURACH / KARL HEINZ GÖSSEL / HEINZ ZIPF, *Derecho penal, Parte General*, 2, trad. de Jorge Bofill Ganzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, pgs. 401-402.

¹³ Mais acertado seria a descrição de intervenção necessária, segundo MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 380.

Entre nós, em relação ao motim, v. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Artigo 302.º in Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Artigos 202.º a 307.º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Ed., 1999, pg. 1191.

Após a II Guerra Mundial, os Aliados pretenderam punir os criminosos nazis, mesmo sem regra escrita de direito internacional.

Foi elaborado um relatório intitulado “*The Nazi Conspiracy*”, com vários volumes, pelo Governo dos EUA.

Os crimes não eram, “*per se*”, justiciáveis perante o direito internacional. Contudo, através um elemento de aproximação, os juristas americanos, promotores de solução repressivas, descobriram a noção anglo-saxónica de “*conspiracy*” ou “*plan concerté*”, o “*complot*”, um fio condutor¹⁴.

O Estatuto do Tribunal de Nuremberga referia-se a “*Dirigentes, organizadores, instigadores ou cúmplices que participaram na elaboração ou execução de um plano concertado ou conspiração para cometer qualquer um dos crimes acima mencionados são responsáveis por todos os actos realizados por quaisquer pessoas na execução desse plano.*”. O art.º 6.º, al. a), referente aos “crimes contra a paz”, referia: “*nomeadamente, planeamento, preparação, desencadeamento ou prosseguimento de uma guerra de agressão, ou uma guerra em violação aos tratados internacionais, acordos ou garantias, ou participação num plano concertado ou numa conspiração para levar a cabo qualquer um dos actos anteriores*”.

As definições jurisprudenciais fizeram referência, de modo mais ou menos implícito, a um *complot*, ou a um plano concertado¹⁵, a esta noção própria do Direito britânico: a de “*conspiracy*”, ideia estrangeira ao Direito alemão e ao Direito francês, “*complot*” ou plano concertado em vista de iniciar ou de conduzir uma guerra de agressão.

ROBERT JACKSON, representante dos Estados Unidos na última fase da Comissão das Nações Unidas relativa aos Crimes de Guerra, escrevia, em relatório de 1945:

“*A razão que determina que o programa de extermínio dos judeus e a destruição dos direitos das minorias seja considerado uma preocupação internacional é o facto de tal programa fazer parte de um plano para levar a cabo uma guerra ilícita.*”¹⁶.

O “*complot*” justifica a perseguição e permite o conhecimento de “*todo o sistema da guerra totalitária nazi, os métodos de guerra empregados por Hitler, contrários às leis e aos costumes da guerra*”: são os meios destinados a servir os fins implícitos no “*plano totalitário nazi*”¹⁷.

A criminalidade nazi não consistiu apenas em simples actos individuais de crueldade que, justapostos uns aos outros, fariam, conjuntamente, uma criminalidade de guerra “*extraordinária*”. Pelo contrário, inscreviam-se, de forma extremamente lógica, num vasto plano concertado e pendiam, cada um ao

¹⁴ Cfr. C. GRYNFOGEL, *Un concept juridique en quête d'identité: le Crime contre l'Humanité* in RIDP, vol. 63, 3.º e 4.º sem. de 1992, pg. 1032.

¹⁵ GRYNFOGEL, *Un concept juridique...*, pg. 1033.

¹⁶ Apud MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *Apontamento sobre o Crime contra a Humanidade* in EHCR, I, separata, pg. 84.

¹⁷ GRYNFOGEL, *Un concept juridique...*, pg. 1033.

seu modo global, rumo a um objectivo único e expresso abertamente, de servidão da Europa¹⁸.

1.1.1 Das vinte acusações proferidas em Nuremberga, apenas duas — as relativas aos arguidos VON SCHIRACH e STREICHER — não contêm a imputação cumulativa de crimes contra a humanidade e crimes de guerra, muito embora se acuse por crime de conspiração.

1.1.2 No Julgamento do Tribunal Militar Internacional de Tóquio, cujo Estatuto seguiu de perto o do Tribunal de Nuremberga¹⁹, todos os réus, à excepção de MATSUI e de SHIGEMITSU, são condenados responsabilizados por conluio.

1.2 Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio

A CPRCG foi o primeiro instrumento jurídico vinculativo, de carácter universal, de protecção dos direitos do homem, marcando o início da etapa da “internacionalização” daqueles²⁰.

As fontes internacionais constam da al. b) do art.º 3.º da CPRCG, que refere:

“Serão punidos os seguintes actos:

(...)

b) O acordo com vista a cometer genocídio”.

1.2.1 Nos trabalhos preparatórios da CPRCG, as controvérsias começaram na discussão da “conspiração para cometer genocídio” (o art.º III), pela dificuldade de encontrar um termo homólogo ao inglês de “conspiracy”.

Os Trabalhos Preparatórios sugerem que a razão da inclusão deste tipo foi a de assegurar, devido à natureza grave do crime de genocídio em vista à natureza perigosa do crime de genocídio, que o mero acordo para cometer genocídio deveria ser punível, ainda que não sucedesse nenhum acto preparatório. Durante o debate, o Secretariado avisou que, no intuito de cumprir a Resolução n.º 96 (I), da Assembleia Geral, a Convenção deveria ter em conta os imperativos de prevenção do crime de genocídio:

“Esta prevenção poderá envolver certos actos puníveis que não constituam eles próprios genocídio, por exemplo, certos actos preparatórios, um acordo ou a conspiração com vista a cometer genocídio, ou propaganda sistemática incitando a tal”.

1.2.1.1 O principal problema que o artigo referente ao acordo enfrentou na adopção foi a intenção de harmonização das legislações internas dos possíveis

¹⁸ GRYNFOGEL, *Un concept juridique...*, pg. 1033.

¹⁹ V. FRANCIS BIDDLE, *Le Procès de Nuremberg* in *RIDP*, 1951, N. 1, pgs. 1-19.

²⁰ MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *As Reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Almedina, Coimbra, 1997, pg. 58.

Estados, sendo esta a razão para que não se consideraram como puníveis os actos preparatórios do crime de genocídio²¹.

Nos debates do Comité “*ad hoc*”, o representante francês inicialmente considerou que era um conceito estrangeiro ao Direito francês. O representante dos EUA explicou que, no Direito anglo-saxónico, a conspiração era um crime consistente no acordo de duas ou mais pessoas para perseguir um propósito ilegal. O representante da Venezuela considerou que, em castelhano, a palavra “*conspiración*” corresponde à “*asociación*” com o objectivo de cometer um crime. O representante polaco observou que, no Direito anglo-saxónico, a palavra “*complicity*” estende-se apenas a “*aiding and abetting*” e que o crime de conspiração não envolve cumplicidade. A Polónia interpelou o Secretário Geral para separar a cumplicidade da conspiração.

No sexto debate do Comité, o representante dos EUA, MAKOTOS, afirmou que “*conspiracy*” tem um significado preciso no Direito anglo-saxónico: significa que o acordo entre duas ou mais pessoas para cometer um acto ilegal. O representante RAAFAT, do Egipto, notou que a noção de conspiração tinha sido introduzida no Direito egípcio e que significava a conivência de várias pessoas para cometer um crime, quer fosse bem ou mal sucedido.

No final, admitiu-se o princípio da sanção do acordo criminal prévio à acção genocida, ainda que com a abstenção da França, da Bélgica e dos Países Baixos.

1.3 Posteriormente, a incriminação do acordo com vista à prática do genocídio consta também dos estatutos dos Tribunais Criminais Internacionais “*ad hoc*” para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda²².

1.3.1 O acordo ainda previsto truncadamente na al. d) do n.º 3 do art.º 25.º do Estatuto de Roma²³.

²¹ CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Bosch, Barcelona, 2001, pg. 70.

²² Em ambos os casos, o Conselho de Segurança actuou ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas (em caso de “ameaça para a paz, ruptura da paz ou acto de agressão”, o Conselho de Segurança pode adoptar as medidas necessárias para manter ou restituir a paz e a segurança internacionais. As decisões destes dois Tribunais vinculam directamente os Estados. Contudo, o Conselho de Segurança não dispõe de uma competência genérica para criar um Tribunal Internacional em matéria penal, segundo a opinião dominante. Apenas pode adoptar medidas como a criação dos aludidos tribunais “*ad hoc*”, medida não especificada, perante situações concretas de conflito, para prosseguir os interesses de segurança (PEDRO CAEIRO, *Claros e escuros de um auto-retrato: breve anotação à Jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação* in *RPCC*, ano 12, n.º 4, Out.-Dez. de 2002, pg. 574).

Sobre os tribunais internacionais “*ad hoc*” para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda, v. PAULA ESCARAMEIA, *Reflexões sobre Temas de Direito Internacional Público. Timor, a ONU e o Tribunal Penal Internacional*, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2001, pg. 257; ALICIA GIL GIL, *El Genocidio y Otros Crímenes Internacionales*, Valencia, 1999, pgs. 45 ss.; FERNANDO PIGNATELLI Y MECA, *Los asuntos de Yugoslavia y Ruanda* in *Crímenes contra la humanidad y genocidio*, XII Seminario «Duque de Ahumada», obra colectiva, Ministerio del Interior, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, s.l., 2001, pgs. 69-116 (v. anotações mais desenvolvidas no Anexo II).

Sobre o interessante ponto de vista da legitimação dos Tribunais “*ad hoc*”, v. PEDRO CAEIRO, *Claros e escuros de um auto-retrato...*, pgs. 573-601.

²³ A al. d) do n.º 3 do art.º 25.º do ER, sob epígrafe “*Responsabilidade criminal individual*”, preceitua:

Esta disposição recolhe com aparente autonomia o confuso pressuposto de quem contribui de modo intencional e por qualquer meio, à “comissão ou tentativa de comissão do crime por um grupo de pessoas que tenham uma finalidade comum.”

Segundo PATRICIA LAURENZO COPPELLO²⁴, tudo parece indicar que se pretendia incluir um caso de conspiração punível, finalidade que resultou truncada pela exigência expressa de que o grupo comece pelo menos a fase executiva do facto. Este limite temporal, impede a sua configuração como acto preparatório e reduz seriamente as possibilidades de encontrar alguma especificidade relativamente às formas normais de cumplicidade (cfr. art.º 23.º do ER).

No entanto, nos termos do n.º 3 do art.º 22.º, nada do disposto no ER afecta a tipificação de uma conduta como crime internacional.

2. Fonte nacional

A fonte nacional consta do n.º 3 do art.º 239.º do Código Penal, introduzida com a Reforma de 1995. É pois, internamente, uma neocriminalização, devida a compromissos internacionais:

Nos trabalhos preparatórios, o Professor FIGUEIREDO DIAS dois números ao texto apresentado, em virtude de compromissos internacionais recentemente firmados:

n.º 2 — “*Quem pública e directamente incitar a genocídio será punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.*”

n.º 3 — “*O mero acordo de três ou mais pessoas no cometimento de genocídio é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.*”

A Comissão concordou desde logo na consagração da nova alínea e) e dos dois novos números, embora o n.º 3 tenha visto a sua redacção alterada no seguinte sentido:

“3 — *O acordo com vista à prática de genocídio é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.*”

A alusão a um mero acordo proporcionava uma ideia de simplificação de meios²⁵.

“3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável o poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

(...)

d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um conjunto de pessoas que tenha um objectivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer:

i) Como o propósito de levar a cabo a actividade ou o objectivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou

ii) Com o conhecimento de que o grupo tem a intenção de cometer o crime”.

²⁴ PATRICIA LAURENZO COPPELLO, *Hacia la Corte Penal Internacional in Crímenes contra la humanidad y genocidio*, XII Seminario «Duque de Ahumada», obra colectiva, Ministerio del Interior, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, s.l., 2001, pg. 43.

²⁵ Código Penal. *Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, Lisboa, 1993, pg. 284.

§ 3.^a O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

1. Um crime de perigo abstracto

O n.º 3 do art.º 239.º é uma incriminação de perigo abstracto ou presumido. Com efeito, a lei estabelece a perigosidade da acção, mediante uma presunção inilidível, “*juris et de jure*”, sendo um mecanismo mais rígido do que o dos crimes de resultado²⁶⁻²⁷.

O legislador considera — e, conseqüentemente, generaliza — que as regras de experiência ensinam que certas condutas, em regra, põem sempre em perigo certos e determinados bens²⁸.

O perigo constitui um mero motivo da incriminação, renunciando o legislador a concebê-lo como resultado da acção.

O perigo está fora do tipo legal, não faz parte do ilícito-típico. O perigo não é elemento do tipo, mas tão-só uma motivação do legislador²⁹; mero fundamento legal da incriminação. O perigo é mero fundamento legal da incriminação; não individualizado em qualquer vítima ou ofendido possível, ou em qualquer bem³⁰.

O crime consuma-se (formalmente) apesar de, em concreto, não se verificar qualquer perigo³¹.

Para que o tipo legal esteja preenchido, não é necessário que em concreto se verifique aquele perigo³²; basta que se conclua, a nível abstracto, que o acordo é uma conduta passível de lesão do bem jurídico-criminal protegido, dada a probabilidade de lesão do bem protegido pelo genocídio

²⁶ JOÃO CURADO NEVES, *Comportamento Lícito Alternativo e Concurso de Riscos. Contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal*, AAFDL, 1989, pg. 372.

²⁷ HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. primero, trad. e notas de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981 (original: *Lehrbuch des Strafrechts*, 3.^a ed., Berlin, 1978), pg. 357; MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, pg. 396; RUI CARLOS PEREIRA, *O Dolo de Perigo (Contributo para uma Dogmática da Imputação Subjectiva nos Crimes de Perigo Concreto)*, Lex, Lisboa, 1995, pg. 25.

Um exemplo de crime de perigo abstracto fornecido por RUI PEREIRA (*O Dolo de Perigo*, pg. 25) é o do “*Incitamento à guerra*”.

²⁸ FÁRIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, reimpressão, Coimbra Ed., 2000, pg. 601 (nota)

²⁹ FÁRIA COSTA, *O Perigo...*, pgs. 620-621; *ID.*, *Artigo 272.º in Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Artigos 202.º a 307.º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Ed., 1999, pg. 868.

³⁰ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º vol., pg. 117.

³¹ HELENA MONIZ, *O Crime de Falsificação de Documentos. Da Falsificação Intelectual e da falsidade em Documento*, reimpressão, Coimbra Ed., 1999, pg. 26.

³² V. TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º volume, pg. 117.

Há uma punição do âmbito pré-delitual (“*Volfeld*”), originando uma antecipação da punibilidade³³.

O acordo é um crime de perigo abstracto, “*porque não pressupõe nem o dano nem o perigo de um dos concretos bens jurídicos protegidos pela incriminação, mas apenas a perigosidade da acção para as espécies de bens jurídicos protegidos, abstraindo de algumas das circunstâncias necessárias para causar um perigo para um desses bens*”³⁴.

Os crimes de perigo abstracto atingiram, sobretudo depois da II Guerra Mundial, uma importância sem precedente, nos planos dogmático e político-criminal³⁵. Segundo a sugestiva afirmação de LANCKER, estes crimes estenderam-se como uma «mancha de óleo», convertendo-se em «filhos predilectos do legislador»³⁶.

1.2 O bem jurídico concretamente protegido

O bem jurídico constitui um ponto de partida da ideia que preside à formação do tipo, sendo a base da estrutura e interpretação do mesmo.

Mediante a inclusão no art.º 239.º, relativo ao genocídio, o bem jurídico protegido pelo n.º 3 coincidirá com o bem jurídico daquele?, ou seja, em termos genéricos, a ajustar subsequentemente, com a protecção do grupo humano, independentemente da raça, da religião ou de qualquer particularidade étnica³⁷?

Temos vários tipos de resposta, sumariadas do modo exposto de seguida:

1.2.1 A maioria da Doutrina não prescinde da fundamentação do Direito Penal na sua função protectora de bens jurídicos; não se reclama a lesão em concreto de um bem jurídico, insistindo, assim, na protecção do bem jurídico principal como operador da legitimação. O que a lei se propõe prevenir com esta incriminação é o perigo de se vir a executar o genocídio. A lei antecipa a matéria proibida, de modo a assegurar uma área avançada de tutela³⁸.

O legislador consagra uma regra especial, em que basta a decisão de cometer genocídio³⁹, sendo uma tutela antecipada do bem jurídico⁴⁰⁻⁴¹.

³³ HELENA MONIZ, *O Crime de Falsificação...*, pg. 27.

³⁴ Cfr. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 426/91, de 6 de Novembro de 1991, in *ATC*, 20.º vol., 1991, pgs. 423, 432 (cfr. também pg. 431).

³⁵ Ac. do TC n.º 426/91, de 6 de Novembro, pg. 433.

³⁶ *Apud* Ac. do TC n.º 426/91, de 6 de Novembro, pg. 433.

³⁷ MARIA LUISA FERNÁNDEZ GÁLVEZ, *Propuesta de veredicto sobre la violencia sexual de las mujeres in El genocidio bosnio. Documentos para un análisis*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1997, pg. 228.

³⁸ FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Sobre os crimes de fraude...*, pg. 364.

³⁹ MARIA JOÃO ANTUNES, *Artigo 239.º in Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Artigos 202.º a 307.º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Ed., 1999, pg. 574.

⁴⁰ MARIA JOÃO ANTUNES, *Artigo 239.º*, pg. 574; RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, pgs. 68, 70; HELENA MONIZ, *O Crime de Falsificação...*, pgs. 858, 860; RUI PATRÍCIO, *Erro sobre regras legais, regulamentares ou técnicas nos crimes de perigo comum no actual direito português. (Um caso de*

O Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 426/91, de 6 de Novembro, considerou que “*Os crimes de perigo abstracto não violam, in totum, o princípio da necessidade das penas e das medidas abstractas de segurança, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição — a sua compatibilidade com este princípio depende, decisivamente, da razoabilidade da antecipação da tutela penal*”⁴².

1.2.2 Alguma doutrina, nomeadamente italiana, tem criticado os crimes de perigo abstracto, por violação do princípio de que o Direito Penal existe só para a protecção dos bens jurídicos, o que exigiria efectiva lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos; o Estado estaria a punir um simples não acatamento da lei, o que não seria admissível no Direito Criminal.

Daqui resultaria a ilegitimidade dos crimes de perigo abstracto, por inexistência de um bem jurídico.

|
O princípio da culpa colocaria em cheque os crimes de perigo abstracto. No caso, por exemplo, do n.º 1 do art.º 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, o TC

infracção de regras de construção e algumas interrogações no nosso sistema penal), AAFDL, 2000, pgs. 234 ss..

A antecipação da tutela penal dos bens jurídicos pressupõe a maior gravidade dos comportamentos típicos; existência dos crimes de perigo (RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, pgs. 60-61); é exigida pela complexidade crescente da vida moderna, explicável à luz de um direito penal que visa a protecção de bens jurídicos, assegurando as condições de livre desenvolvimento individual (RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, pg. 68). Mas manifesta-se ainda a função do Direito Penal protectora de bens jurídicos (isto é, do livre desenvolvimento dos seus titulares) (RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, pg. 70).

Quando o bem já está perdido, não há nada a proteger, pelo que é inútil a manutenção da norma (SAMSON *apud* CURADO NEVES, *Comportamento Lícito Alternativo...*, pg. 282).

RUI PATRÍCIO questiona o carácter intolerável ou insuportável do perigo (RUI PATRÍCIO, *Erro sobre regras legais...*, pg. 247).

Criticamente, v. FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 625.

⁴¹ Em relação ao específico bem jurídico protegido pelo tipo de associações criminosas, FIGUEIREDO DIAS considera que o bem jurídico protegido é a tutela da paz pública, no sentido do asseguramento do mínimo de condições sócio-existenciais sem o qual se torna problemática a possibilidade, socialmente funcional, de um ser-com-os-outros actuante e sem entraves. O art.º 299.º coenvolve um crime de perigo abstracto, todavia assente num substrato irrenunciável: a altíssima perigosidade desta espécie de associações, derivada do forte poder de ameaça da organização e dos mútuos estímulos e contra-estímulos de natureza criminosa que aquela cria nos seus membros (FIGUEIREDO DIAS, *As «Associações Criminosas» no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)*, Coimbra Ed., 1988, pgs. 26-27; *Artigo 299.º in Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Artigos 202.º a 307.º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Ed., 1999, pg. 1157).

Poder-se-ia dizer que sempre se poderá encontrar um bem jurídico que sustente formalmente o mais extremo dos tipos legais de perigo abstracto, como os bens jurídico-penais da paz pública ou da segurança, que desempenham um papel agregador de referências vinculantes (cfr. FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 625).

Na crítica de FARIA COSTA, por serem meros significantes de uma vaguíssima referência axiológica, são desprovidos de conteúdo. Aqueles valores nunca serão significados axiologicamente relevantes, porquanto também nunca ascenderão à dignidade de nódulos normativos susceptíveis de congregarem um sentido de desvalor (objectivo) que o ilícito-típico tem de comportar (FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 625).

Diversamente de FIGUEIREDO DIAS, RUDOLPHI considera que não existe um bem jurídico autónomo, o tipo tem apenas uma função preventiva: a de reprimir as agressões aos bens jurídicos tutelados nos singulares tipos da Parte Especial, sendo uma antecipação generalizada da tutela penal para o estágio preparatório.

⁴² Ac. do TC n.º 426/91, de 6 de Novembro, pgs. 424, 433.

considerou que as actividades de tráfico aí incriminadas “*possuem uma ressonância ética só comparável, em intensidade, às «incriminações clássicas» às quais está associada ao próprio crime*”⁴³.

Parafrazeando este Acórdão, *mutatis mutandis*, poder-se-ia defender que a condenação do acordo “*está indelevelmente inscrita na consciência ética das sociedades contemporâneas*”⁴⁴.

1.2.3 Uma “*media via*” é seguida, entre nós, por FARIA COSTA⁴⁵, que nota que é um caso paradigmático da ausência em Direito Penal, consubstanciando o sustentáculo da incriminação na relação de cuidado-de-perigo.

A construção deste Autor baseia-se em vários argumentos, enunciados de seguida:

I. As razões de prescindir do bem jurídico

É votado ao insucesso o propósito de pretender fundamentar os crimes de perigo abstracto, com um ainda mais afastado e recôndito grau de ofensividade⁴⁶; é impossível dominar conceitualmente a ofensividade, quando nos afastamos para lá da ofensividade de segundo grau (colocar, concretamente em perigo). A legitimidade dos crimes de perigo abstracto não pode ser encontrada num desvirtuado e então já inócuo princípio da ofensividade⁴⁷, com um ainda mais afastado e recôndito grau de ofensividade⁴⁸⁻⁴⁹.

Outro argumento é o de que técnica definidora dos crimes de perigo abstracto muda radicalmente de registo quando cotejada com a técnica dos crimes de perigo concreto.

II. A relevância da ausência em Direito Penal

Ao sancionar-se penalmente um comportamento dentro destes parâmetros de valoração somos confrontados com a inexistência de uma qualquer «ofensividade» relativamente a um concreto bem jurídico⁵⁰. Na lógica de protecção de bens jurídicos, pouco conta se se construir tipos legais em que o bem jurídico (concreto) está ausente⁵¹. Os crimes de perigo abstracto são o exemplo mais acabado da relevância da **ausência** em Direito Penal. O perigo não

⁴³ Ac. do TC n.º 426/91, de 6 de Novembro, pg. 436.

⁴⁴ Ac. do TC n.º 426/91, de 6 de Novembro, pg. 436.

⁴⁵ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pgs. 620 ss., 632-634.

⁴⁶ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 630.

⁴⁷ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 631.

⁴⁸ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 630.

⁴⁹ A ofensa a um bem jurídico é a pedra de toque que pode legitimar a intervenção do detentor do “*jus puniendi*” (Estado), enquanto entidade susceptível de cominar males eticamente legitimados (FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 626). O homem, ao abrir-se para com o outro, porque também só dessa forma é que se pode rever como pessoa, vive e sedimenta um conjunto de valores, de bens axiologicamente relevantes e cristalizados na história e pela história, que permitem a existência do próprio ser comunitário (FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 626). O imponderável do ser-á-diferente individual só tem sentido se os «outros» estiverem dentro precisamente desse escrínio que o ser-á-individual representa. Todavia, isso só é possível se os valores despertados pelas relações intersubjectivas não forem ofendidos.

Donde decorre que a ofensa a um desses valores essenciais seja uma ofensa a um pressuposto da própria afirmação do ser-á-diferente individual ou comunitário (FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 626).

Os valores expressos em mediação e dentro da textura normativa da ordem penal são o elo de ligação único e imprescindível que une imorredoiamente o «eu» ao «outro».

⁵⁰ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 624.

⁵¹ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 621(nota).

é elemento do tipo, que está, por conseguinte, ausente, é ainda através da sua presença-ausência que vai determinar a qualificação⁵²⁻⁵³.

O bem jurídico (concreto) está ausente⁵⁴.

Não existe um bem jurídico concreto e definível a cimentar a relação de cuidado, sendo, por isso, independentemente da existência de um concreto e identificável bem jurídico.

III. O apelo às determinantes históricas

A “ausência” é preenchida com o apelo às determinantes históricas que compõem o real social. Os segmentos matriciais construtores da comunidade jurídico-penal são eles mesmos determinados pela história que os envolve e o seu aparecimento no campo da específica discursividade jurídico-penal está dependente de variáveis⁵⁵.

IV. A relação de cuidado-de-perigo

O legislador age para preservar a tensão primitiva da relação de cuidado-de-perigo, sem ter no horizonte qualquer bem jurídico⁵⁶.

Não existindo um bem jurídico concreto e definível a cimentar a relação de cuidado, é a relação de cuidado-de-perigo, mesmo sem a recorrência imediata do bem jurídico, que é ainda suporte material suficiente para legitimar a incriminação de condutas violadoras dessa relação originária⁵⁷.

Qual o fundamento último e limite intransponível que legitima a incriminação? Segundo FARIA COSTA⁵⁸, é a relação de cuidado-de-perigo. A relação de cuidado-de-perigo que sustenta os crimes de perigo abstracto funda-se, ainda e sempre naquela primitiva relação de cuidado que legitima o próprio Estado. O desvalor radicaliza-se no desvalor do próprio cuidado-de-perigo: independentemente da existência de um concreto e identificável bem jurídico. “*a relação de cuidado-de-perigo é ainda o valor — o bem jurídico —, a determinante axiológica*”⁵⁹⁻⁶⁰.

V. A limitação pelo princípio da legalidade

O poder incriminador do Estado encontra-se mais “solto”, sem limites “materiais”, a não ser os decorrentes dos princípios da legalidade (estricta) e da irretroactividade da lei penal⁶¹.

⁵² FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 622.

⁵³ Nesta perspectiva, o perigo, enquanto elemento oculto e que não é sequer chamado ao mundo da imediata discursividade dogmático-penal, influencia, decisivamente, toda a compreensão dos crimes de perigo abstracto (FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 622).

⁵⁴ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 621 (nota).

⁵⁵ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 623.

⁵⁶ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 623.

⁵⁷ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 634.

⁵⁸ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 633.

⁵⁹ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 634(nota).

⁶⁰ A relação de cuidado-de-perigo, mesmo sem a recorrência imediata do bem jurídico, é ainda suporte material suficiente para legitimar a incriminação de condutas violadoras dessa relação originária (FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 634).

O cuidado-de-perigo como bem jurídico ele mesmo, como fim em si mesmo, não meio de preservação de bens, é o fundamento último e limite intransponível que legitima a incriminação (FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 633).

⁶¹ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 632.

1.2.4 Apesar da exposição brilhante de FARIA COSTA, prescindindo por completo do bem jurídico concreto, cremos que a incriminação não é imune ao bem jurídico protegido.

A antecipação da tutela penal dos bens jurídicos pressupõe a maior gravidade dos comportamentos típicos. Assim, na sua maioria, as incriminações de perigo serão bens jurídicos não meramente simbólicos⁶².

Mesmo o Autor⁶³ refere que é a relação de cuidado-de-perigo é-o relativamente aos bens essencialíssimos do viver comunitário⁶⁴.

Não é possível abstrair a punibilidade do acordo da ideia de protecção das condições comunitárias e pessoais indispensáveis ao livre desenvolvimento e realização da personalidade ética do homem.

O contacto com o bem jurídico é mais longínquo, mas não é obnubilado.

Da perspectiva de FARIA COSTA, retiramos elementos úteis, tais como o apelo à historicidade.

1.3 Tem sido questionada a legitimidade constitucional dos crimes de perigo abstracto, devido à fricção com o princípio da culpa.

Em resposta, tem sido referido que o Legislador operar uma rígida definição das condutas proibidas; de acordo com o princípio da legalidade: têm de respeitar o princípio da determinabilidade do tipo (FIGUEIREDO DIAS).

Seguindo a opinião de FARIA COSTA, a aparente défice de legitimidade é contrabalançado pela extraordinária minúcia que o legislador põe na descrição das condutas proibidas⁶⁵. A legitimidade não é tocada.

§ 4.^a

CONCEITO DE CONSPIRAÇÃO

1. Generalidades. Noção de conspiração

1.1 Partindo das estruturas linguísticas do n.º 3 do art.º 239.º do Código Penal, não custa estabelecer a ligação com o fenómeno jurídico da conspiração.

A conspiração não é desconhecida de alguns Códigos penais de ordenamentos da família romano-germânica, como os ordenamentos alemão e espanhol⁶⁶. Noutros ordenamentos da família de direitos mencionada, a conspiração é punível apenas quando esteja presente o propósito de cometer determinados crimes, considerados como extremamente graves, v. g., minando a

⁶² RUI PATRÍCIO, *Erro sobre regras legais...*, pg. 243.

⁶³ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 634.

⁶⁴ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 634.

⁶⁵ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 645.

⁶⁶ A punição da conspiração no ordenamento jurídico espanhol remonta ao Código Penal espanhol de 1882 referia:

“La conjuración para un delito consiste en la resolución tomada entre dos o más personas para cometerlo. No hay conjuración en la mera proposición para cometer um delito que alguna persona haga a otra u otras, cuando no es anticipada por éstas.”

segurança do Estado. Contudo, a punição do “*complot*” derroga o princípio de que uma pessoa não pode ser punida pela mera intenção ou pelos actos preparatórios comedidos.

Diversamente, a incriminação da conspiração tem uma larga tradição que remonta à Idade Média. Contemporaneamente, a “*conspiracy*” é própria dos sistemas de “*Common Law*”, sendo uma forma específica de participação criminal, punível em si mesma.

1.2 Analiticamente a conspiração consiste na união de vontades para atentar contra o ordenamento jurídico, no “*processo em que vários sujeitos se encontram e, do intercâmbio de ideias e de propósitos, nasce uma decisão firme e precisa de executar o criem, quer dizer, de fazer algo juntos que de outra maneira não fariam*”⁶⁷

O crime é decisão de todos os conspiradores. Não é uma corrupção, no sentido de não ser algo estranho à personalidade; é uma instigação mútua, segundo a opinião de JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, “*uma influência psicológica mútua entre todos e cada um dos membros do dito acordo de conspiração.*”⁶⁸.

Mas a comissão do crime não é apenas o produto das diferentes personalidades consideradas individualmente.

Do ponto de vista psicológico, não há “solidariedade” alguma entre os diversos sujeitos — cada um realiza o seu próprio interesse^{69;70-71}.

1.3 Temos conspirações em vários domínios.

1.3.1 No universo da Mitologia grega, existem várias conspirações que não chegaram ao seu fim principal, mencionadas no Dicionário de PIERRE GRIMAL:

I. Uma colonia de gregos de Melos, que se instalara na região sob o comando de Ninfeu, cresceu rapidamente e tornou-se poderosa. Os habitantes de Criasso ficaram preocupados e decidiram aniquilar os seus incómodos vizinhos. Projectaram convidar todos os gregos para uma festa e matá-los quando estivessem todos juntos, mas Cáfene, uma jovem da cidade de Criasso, na Cária, estava enamorada de Ninfeu e revelou-lhe o plano. Quando os cários foram convidar os gregos, estes aceitaram, mas disseram que o costume da sua terra exigia que as suas mulheres fossem também convidadas para o banquete. E assim se fez. Os homens foram para a festa desarmados, mas as mulheres levavam cada uma sua espada escondida debaixo da roupa. Durante o banquete, dado o sinal, os cários atiraram-se aos gregos, mas estes anteciparam-se e mataram-nos a todos. Arrasaram a cidade de Criasso⁷².

II. Durante uma guerra da Messénia, os lacedemónios, que não participavam numa expedição, foram reduzidos à escravatura, passando a constituir a classe dos hilotas. Todos os cidadãos nascidos por essa altura foram destituídos dos seus direitos políticos e receberam o

⁶⁷ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 14.

⁶⁸ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 16.

⁶⁹ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 16.

⁷⁰ O Direito Penal dos EUA define a conspiração, na *Ordinance of Conspirators* e na Jurisprudência, do seguinte modo:

“*combinação de duas ou mais pessoas para realizar um acto que é ilícito em si mesmo, ou para executar um acto legal, servindo-se dele de modo ilícito.*”

⁷¹ O acordo é totalmente livre, baseado numa relação de confiança (JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 48).

⁷² PIERRE GRIMAL, *Dicionário de Mitologia Grega*, tradução de Victor Jabouille, Difel, Lisboa, 1992, pgs. 68-69.

nome de Parténios. Mas eles não se resignaram com tal sorte e escolheram para chefe da revolta um deles, chamado Falanto. Conceberam um plano de acção e conspiraram contra os Espartanos. A sublevação deveria eclodir durante a festa espartana das Jacíntias e Falanto deveria dar o sinal colocando uma coifa na cabeça. Os Espartanos, porém, aperceberam-se dos planos da conjuração e o arauto impediu Falanto de colocar a coifa na cabeça. A conspiração foi assim desmascarada e os Parténios fugiram sob o comando de Falanto, indo fundar a colónia de Tarento⁷³.

III. Mândron, rei dos Bébrices, reinava na cidade então chamada Pitúsias. Na ausência do rei, colonos focenses que ele aí recebera foram massacrados pelos habitantes, que tinham organizado contra eles uma conspiração. Mas Lâmpsace, a filha do rei, conseguiu preveni-los a tempo, em segredo, de tal modo que os colonos mataram todos os indígenas e apoderaram-se da cidade⁷⁴.

IV. Quando Hércules, regressado da ilha de Gérior, atravessou o Sul da Gália, Lígis e os Lígures, seus companheiros, atacaram Hércules. As flechas acabaram por faltar ao herói. Prestes a ser vencido pelos adversários, dirigiu uma prece a seu pai, Zeus, que lhe enviou uma chuva de pedras, com as quais Hércules não teve qualquer dificuldade em rechaçar os inimigos⁷⁵.

V. A tomada de Tróia tem na sua base a conspiração dos Argivos. Desistindo de tomar Tróia pela força, pensaram em construir um enorme cavalo de madeira, contendo considerável número de soldados. Havia que persuadir os Troianos a introduzir este cavalo na cidade. Para o conseguir, a armada levantou âncora e foi esconder-se secretamente atrás da ilha de Ténedo.

Sínon ficou em terra: era o espião que os Gregos haviam deixado em Tróia quando fingiram partir e levantar o cerco. Sínon deveria avisá-los do momento em que os Troianos tivessem introduzido o cavalo de madeira na cidade. Sínon foi feito prisioneiro por pastores troianos.

Segue-se a discussão entre os Troianos em relação ao destino do Cavalo, a morte de Laocoonte; a entrada do Cavalo na cidade, com os Gregos no bojo do cavalo; a festa troiana; a pilhagem da cidade (episódios narrados por VIRGÍLIO, no livro II da *Eneida*⁷⁶).

VI. O assassinio de Agamémnon, Rei de Micenas, chefe da expedição que levou os Argivos a Tróia (daí o epíteto que Homero lhe confere: “*pastor de povos*”), foi antecedido de uma conspiração.

“Clitemnestra começou a conspirar em conluio com Egisto para matar Agamémnon e Cassandra.”⁷⁷.

Clitemnestra e Egisto tinham motivos para delinquir, devido à culpa hereditária de Agamémnon (sendo descendente de Sísifo e de Atreu) e devido à culpa pessoal: i) por ter desposado Ifigénia após matar o seu marido (segundo algumas versões); ii) por ter sacrificado a filha Ifigénia, de modo a aplacar a ira de Artémis e partir para a Guerra de Tróia; iii) por ter chefiado a expedição de Tróia,

A peça sumaria os pecados de Agamémnon para justificar o seu desaparecimento. Agamémnon “*pode evitar o derramamento de sangue de Ifigénia, e de muito mais sangue inocente, apenas se desistir da guerra e da sua vingança sobre Páris. (...) Contudo, a necessidade obriga-o a derramar mais sangue. Tem de aceitar as consequências da sua política.*”⁷⁸. Assim, Agamémnon irá provar a “*lei válida*” da “*aprendizagem pelo sofrimento*”:

“*Foi Zeus que guiou os homens para os caminhos da prudência, estabelecendo como lei válida a aprendizagem pelo sofrimento. (...) isto é favor violento dos deuses que se sentam ao leme celeste.*”

⁷³ PIERRE GRIMAL, *Dicionário...*, pg. 165.

⁷⁴ PIERRE GRIMAL, *Dicionário...*, pg. 266.

⁷⁵ PIERRE GRIMAL, *Dicionário...*, pg. 283.

⁷⁶ Esta obra inspirou também HECTOR BERLIOZ, na ópera *Os Troianos*.

⁷⁷ ROBERT GRAVES, *Os mitos gregos*, 2.º volume, tradução de Fernanda Branco, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1990, pg. 136.

⁷⁸ H.D.F. KITTO, *A Tragédia Grega – Estudo literário*, I volume, tradução do Dr. Jorge Manuel Coutinho e Castro, Arsénio Amado, Coimbra, 1990, pg. 138.

Clitemnestra e Egisto tornam-se amantes (embora, na peça, não pareça ser decisiva a influência de Afrodite, a deusa do Amor (ao contrário de esposas de outros heróis que combateram em Tróia, como as Diomedes e de Idomeneu, que foram infiéis) e congemina a morte de Agamémnon, ausente, então, na Guerra de Tróia.

A conspiração não é relatada na sua fase inicial; a peça nada refere acerca da resistência de Clitemnestra. Pela interpretação que fazemos da obra, trata-se de um “*silêncio eloquente*” (dado que, segundo outras versões, Clitemnestra, primeiro, é fiel ao marido, repelindo as investidas; depois sucumbe, seduzida por Egisto, que primeiro planeava tornar-se seu amante e matar Agamémnon quando regressasse de Tróia; para tal, afasta Demódoco).

A união de vontades, o acordo visa uma finalidade comum: a vingança e a tomada do poder de Micenas; cada um dos conspiradores o realiza no seu interesse pessoal, ao prospectivar o crime principal projectado.

A espera assume, assim, um carácter preparatório do crime a executar. Clitemnestra coloca um vigia para detectar a chegada de Agamémnon, através de vários vigias ao longo da costa marítima: quando o primeiro detectasse as naus de Agamémnon, correria a notícia para o seguinte, ao longo de uma transmissão de fochos, vigias que aguardavam o acender do fogo para fazer sinal ao próximo. Segundo outras versões, é Egisto que coloca à beira-mar sentinelas para esperarem os barcos e darem sinal quando Agamémnon chegasse.

Segundo outras versões, temendo que chegasse inesperadamente, Clitemnestra escreveu a Agamémnon, pedindo que acendesse um sinal luminoso no Monte Ida quando Tróia caísse. Então — neste aspecto já coincidente com a versão que consta na peça —, Clitemnestra mandou preparar uma série de faróis em cadeia, de forma a que o sinal dele chegasse à Argólida, através do cabo Hermeon, em Lemnos, e dos montes Actos, Messápico, Cíterion, Egisplancto e Aracneon. No telhado do palácio de Micenas, mandou colocar uma sentinela⁷⁹.

VII. Na Odisseia, é referida a conspiração para matar Telémaco. Os pretendentes decidiram preparar uma armadilha a Telémaco, para o momento em que regressasse de procurar Ulisses.

Medonte, um dos pretendentes, revelou o plano a Penélope (sendo, por isso, mais tarde, poupado por Ulisses)⁸⁰.

1.3.2 Temos também conspirações na Bíblia.

No Antigo Testamento, no seu livro profético, JEREMIAS escreve:

“*Por isso, assim fala o Senhor contra os homens de Anatot, que conspiraram contra a minha vida*” (Jeremias 11: 21).

O Autor refere-se também a outra conjura contra a sua vida:

“*Eles disseram: «Vinde e tramemos uma conspiração contra Jeremias, porque não perecerá a lei por falta de sacerdote, nem o conselho por falta de sábio, nem a palavra divina por falta de profeta! Vinde, firmo-lo com a língua, e não façamos caso das suas palavras.»*” (Jeremias, 18: 18).

1.3.2.1 Os Salmos são bastante ricos na referência a conspirações:

I. No Salmo 31, lê-se: “*o terror envolveu-me, / porque conspiraram contra mim / e decidiram tirar-me a vida.*” (Salmos, 31⁸¹: 14).

II. “*Livra-me da conspiração dos malvados, / do tumulto dos que praticam a iniquidade. // (...) Decidem-se pelas más obras, / e conspiram às ocultas, para armar ciladas, / dizendo: «Quem é que vai reparar?» / Projectam o crime / e levam ao fim os seus planos ocultos; / o íntimo do coração do homem é insondável.*” (Salmos, 64: 3, 6-7).

III. O 59.º Salmo, intitulado “*Oração contra os ímpios*”, refere:

“*(...) / Livra-me do que pratica o mal, / e salva-me do homem sanguinário. / Vê como armam ciladas à minha vida, / ó Senhor, conspiram contra mim os poderosos, / sem que eu tenha cometido nenhuma transgressão. / Sem que eu tenha culpa, agitam-se e preparam-se. /*

⁷⁹ ROBERT GRAVES, *Os mitos gregos*, 2.º, pg. 136.

⁸⁰ PIERRE GRIMAL, *Dicionário...*, pg. 294.

⁸¹ Seguimos a numeração hebraica (a maioria dos Salmos tem uma numeração dupla, que advém de um desfasamento entre o texto hebraico, por um lado, e as versões gregas e latinas, por outro).

(...) / As suas palavras ferem como espadas, / e dizem a gritar, em tom feroz: / «Quem é que nos vai ouvir?» / (...) / Regressam pela tarde, ladrando como cães, / e dão voltas pela cidade. // Vagueiam à busca de comida / e, se não se fartam, rondam toda a noite. / Eu, porém, cantarei o teu poder, / desde o amanhecer celebrarei a tua bondade / porque foste o meu amparo, / e o meu refúgio no dia da tribulação.” (Salmos, 59: 3-5, 8, 15-17).

IV. “Feliz o homem que não segue o conselho dos ímpios, / nem se detém no caminho dos pecadores, / nem toma parte na reunião dos libertinos” (Salmos, 1: 1).

V. “Não convivo com homens que adoram ídolos, / nem me associo com os traidores. / Detesto a reunião dos malfeitores, / e não tomo assento com os ímpios.” (Salmos, 26: 4-5).

1.3.2.2 Também no Novo Testamento se refere conspirações, desde logo, a conspiração conducente à morte de JESUS CRISTO.

Outra conspiração é a conjura dos Judeus contra PAULO: “(...) os judeus reuniram-se e juraram, sob pena de anátema, não comer nem beber enquanto não matassem Paulo. Eram mais de quarenta os que tinham feito essa conjura. Foram ter com os sumos sacerdotes e com os anciãos e disseram-lhes: «Jurámos, sob pena de anátema, não comer nada enquanto não matarmos Paulo. Agora, de acordo com o Sinédrio, ide solicitar ao tribuno que o mande comparecer diante de vós, sob o pretexto de examinardes o seu caso profundamente. E nós estamos prontos a suprimi-lo durante o trajecto». Mas o filho da irmã de Paulo teve conhecimento da cilada. Correu à fortaleza, entrou, e preveniu Paulo.” (Actos dos Apóstolos, 23: 12-16).

1.4 Um tipo particular de conspiração é o planeado com vista à morte de um determinado dirigente político, por exemplo, conspirações políticas em Roma. SUETÓNIO, em *Os Doze Césares*, narra conspirações que antecederam assassínios políticos:

I. A conspiração para assassinar CAIO JÚLIO CÉSAR (também presente na peça de SHAKESPEARE, *Julius Caesar*, enaltecendo a figura de BRUTO, argumento do filme, de excelente qualidade, de MANCKIEWICZ) é relatada do seguinte modo:

“(...) espalhou-se o rumor, por vários lados, de que ele iria a Alexandria ou a Tróia (...). Dizia-se também que na próxima sessão do Senado, o quindécenviro Lúcio Cota proporia que fosse dado a César o título de rei, visto estar escrito nos livros do destino que os partos só por um rei podiam ser vencidos.

LXXX. Para não serem forçados a votar esta lei é que os conjurados se deram pressa de executar o seu projecto. Até então só houvera reuniões parciais, dois ou três conjurados as mais das vezes; tiveram então uma assembleia geral.

(...)

A conspiração englobou mais de sessenta cidadãos, à frente dos quais estavam Caio Cássio Marco e Décimo Bruto. Os conjurados hesitaram, primeiro, entre assassiná-lo no Campo de Marte, no momento em que, durante as eleições, ele chamasse as tribos à votação, precipitando-o uns do alto da ponte, enquanto outros o esperariam em baixo para o degolar, ou atacá-lo na Via sacra, ou ainda à entrada do teatro. Mas quando ficou assente que o Senador se reunisse nos idos de Março na cúria de Pompeu |POMPEIO|, acordaram em preferir esta data e esse local.”⁸²⁻⁸³.

II. Igualmente, o assassínio do Imperador SÉRVIO SUPLÍCIO GALBA foi antecedido de conspiração⁸⁴.

III. Em relação à morte de TITO FLÁVIO DOMICIANO, SUETÓNIO refere:

“Odiado e temido por todos, sucumbiu, por fim, a uma conspiração dos seus amigos, dos seus libertos íntimos e até de sua mulher.”⁸⁵. “Os conjurados não sabiam como nem quando

⁸² SUETÓNIO, *Os Doze Césares*, Tradução e Notas de João Gaspar Simões, Presença, 1963, pgs. 53-55.

⁸³ Em relação à morte, SUETÓNIO refere: “Ora, de entre tantas feridas, segundo o médico Antíscio, nenhuma era mortal a não ser a do peito, a segunda punhalada.” (SUETÓNIO, *Os Doze Césares*, pg. 57).

⁸⁴ SUETÓNIO, *Os Doze Césares*, biografia de MARCO SÁLVIO OTÃO, pg. 323.

⁸⁵ SUETÓNIO, *Os Doze Césares*, biografia de TITO FLÁVIO DOMICIANO, pg. 383.

o atacariam, se à mesa ou no banho. Estêvão, (...) acusado de desvios fraudulentos, ofereceu-lhes os seus conselhos e a sua ajuda. Para afastar suspeitas, durante bastantes dias trouxe ao peito o braço esquerdo, como se estivesse doente; e, na hora combinada, introduziu no meio das ligaduras um punhal. Anunciando que estava a par de uma conspiração, conseguiu ser introduzido junto do imperador, e enquanto Domiciano lia, estupefacto, a memória que ele acabava de lhe entregar, espetou-lhe um punhal no baixo ventre. O imperador, ferido, debatia-se, quando (...) Clodiano, Máximo (...), Satúrio (...) e alguns gladiadores caíram sobre ele e lhe vibraram sete punhaladas. O jovem escravo (...) que assistiu ao crime contava que Domiciano, ao receber o primeiro golpe, lhe pedira um punhal escondido à cabeceira da cama, e que chamasse os criados, mas ele só encontrara a bainha do punhal e vira, além disso, todas as portas fechadas (...)”⁸⁶.

1.5 Encontramos igualmente conspirações noutros domínios.

I. Na Literatura, JORGE LUIS BORGES, no último poema da obra *Os Conjurados*, escreve:

“Os conjurados

No centro da Europa estão a conspirar.

O facto data de 1291.

Trata-se de homens de diversas estirpes, que professam diversas religiões e que falam em diversas línguas.

Tomaram a estranha resolução de ser razoáveis.

Resolveram esquecer as suas divergências e acentuar as suas afinidades.

Foram soldados da Confederação e depois mercenários, porque eram pobres e tinham o hábito da guerra e não ignoravam que todas as empresas do homem são igualmente vãs.

Foram Winfried, que crava no peito as lanças inimigas para que os seus companheiros avancem.

São um cirurgião, um pastor ou um procurador, mas são também Paracelso e Amiel e Jung e Paul Klee.

No centro da Europa, nas terras altas da Europa, cresce uma torre de razão e de firme fé.

Os cantões são agora vinte e dois. O de Genebra, o último, é uma das minhas pátrias.

Amanhã serão todo o planeta.

*Talvez o que digo não seja verdadeiro; oxalá seja profético.”*⁸⁷.

⁸⁸.

II. Na música operática, existem também conspirações, por exemplo, na ópera verdiana:

i) Na ópera “*Macbeth*”⁸⁹, inspirada na peça homónima de SHAKESPEARE⁹⁰, LADY MACBETH instiga o marido a assassinar o Rei DUNCAN, na sequência das profecias das bruxas que lhe auguravam o trono.

ii) Na ópera “*Un Ballo in Maschera*”⁹¹, vários nobres conspiram o assassinio do Rei Riccardo; finalmente decidem-se pela sua morte; tiram à sorte quem assassinará o Rei, durante o baile; a sorte recai sobre Renato, marido de Amélia, pela qual o Rei nutria paixão.

⁸⁶ SUETÓNIO, *Os Doze Césares*, biografia de TITO FLÁVIO DOMICIANO, pgs. 387-388.

⁸⁷ Noutro plano, JOHANN WOLFGANG GOETHE, refere, na peça *Fausto*, II, v. 11550: “*Conjurados connosco estão / Os elementos destruidores.*” (GOETHE, *Fausto*, trad., int., glossário de João Barrento, imagens de Ilda David, Círculo de Leitores, Mem Martins, 1999, pg. 543 (cfr. também *Fausto*, trad. de Agostinho d’Ornelas, cuidada por Paulo Quintela, Relógio d’Água, Lisboa, 1987).

⁸⁸ JORGE LUIS BORGES, *Os Conjurados* in *Obras Completas*, III, 1975-1985, Círculo de Leitores, Lisboa, 1998, pg. 527 (pgs. 477-527).

⁸⁹ “*Ópera em quatro actos*”, música de GIUSEPPE VERDI, *libretto* de FRANCESCO MARIA PIAVE / ANDREA MAFFEI (na interpretação de ENZO MASCHERINI, MARIA CALLAS, Orquestra e Coro do Teatro alla Scala, sob a direcção de VICTOR DE SABATA).

⁹⁰ Existe também um filme inspirado na peça, realizado e protagonizado por ORSON WELLS.

iii) Na ópera “*I Vespri Siciliani*”, os sicilianos conspiram assassinar os soldados franceses, durante a ocupação da Sicília.

iv) Na ópera “*Attila*”⁹², repete-se o cenário conspirativo, desta feita dos autóctones romanos em relação à invasão dos Hunos, chefiados por Átila.

2. Distinções conceptuais em relação ao acordo com vista à prática de genocídio

2.1 Figuras próximas

Existem figuras próximas da conspiração:

i) Conspiração e conjuração são praticamente sinónimos nos crimes contra a segurança do Estado (art.º 173.º do Código Penal de 1852/1886 (cfr. também art.º 143.º). No Projecto de EDUARDO CORREIA, estava prevista nos artigos 360.^{o93} e 374.^{o94}.

Como refere CAVALEIRO DE FERREIRA, o concerto criminoso da conjuração é mais do que a intenção colectiva ou acordo sobre o propósito criminoso, pois é também sobre o planeamento da execução, sobre o projecto da execução. À conjuração ou conspiração: segue-se-lhe um grau ulterior, perdendo a autonomia como facto punível⁹⁵.

ii) Conceito similar é o do conluio (art.º 300.º do Código Penal de 1852/1886, do Código de Justiça Militar de 1925)⁹⁶.

2.1.1 Conspiração, proposta e provocação, constando na Parte Geral

⁹¹ ⁹¹ “*Ópera em quatro actos*”, música de de GIUSEPPE VERDI, “*libretto*” de ANTONIO SOMMA (na interpretação de MARIA CALLAS, GIUSEPPE DI STEFANO e TITO GOBBI, Orquestra e Coro do Teatro alla Scala, sob a direcção de ANTONINO VOTTO).

⁹² “*Drama lírico num prólogo e três actos*”, música de GIUSEPPE VERDI, *libretto* de TEMISTOCLE SOLERA (na interpretação de SAMUEL RAMEY, CHERYL STUDER, NEIL SCHICOFF, com Orquestra e Coro do Teatro alla Scala, sob a direcção de RICCARDO MUTI).

⁹³ O artigo 360.º (Conjura) referia:

“*Todo o português ou estrangeiro residente em Portugal que conjurar contra a segurança exterior do Estado, concertando com outra ou outras pessoas cometer qualquer dos crimes declarados nos artigos 352.º, 353.º e 354.º, será punido, se a conjuração for seguida de algum acto preparatório de execução, com prisão de dois a seis anos. Se não for seguida de algum acto preparatório de execução, será punido com prisão de seis meses a dois anos. Esta pena será também aplicável quando, havendo algum acto preparatório de execução, existirem atenuantes de excepcional importância.*” (Actas... Parte Especial, pg. 360).

⁹⁴ O artigo 374.º (Conjuração) preceituava:

“*A conjuração ou conspiração para a perpetração de um determinado facto descrito nos artigos 371.º, 372.º e 373.º (...) será punida, se a pena mais grave não for estabelecida por outra disposição legal, com a pena de um a cinco anos quando seguida de algum acto preparatório de execução, ou com a pena de prisão de três meses a dois anos se não se seguir algum acto preparatório.*” (Actas... Parte Especial, pg. 380).

⁹⁵ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português. Parte Geral*, II, U.C.P., Editorial Verbo, pg. 21.

⁹⁶ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português. Parte Geral*, II, U.C.P., Editorial Verbo, 1981, pg. 20.

No Direito alemão, existe uma excepção do princípio segundo o qual ninguém sofre uma pena por causa da simples decisão criminosa: o caso em que é punido quem se declara disposto, aceita a prontificação de outrem ou instiga alguém a isso (§ 30 StGB)⁹⁷⁻⁹⁸.

Todas estas formas suscitam ou despertam algo que possa suscitar o desejo do crime; e encontram-se temporalmente no mesmo nível no grau de progressão criminal.

O perigo é distinto na conspiração, na proposição e na provocação.

Proposta e conspiração são dois graus no curso da resolução manifestada. A diferença da proposta⁹⁹ em relação à conspiração é a de que o “*plus*” desta exigir a resolução dos agentes, ou seja, que haja vários e que tenham decidido em comum:

Na proposta, há um sujeito decidido, que manifesta a outros a sua resolução, sem que seja necessário que os receptores da proposta se mostrem resolvidos¹⁰⁰, sendo, pois, um fenómeno tendencialmente mais próximo do começo de execução.

Na proposta ou oferta (antigo “*parágrafo de Duchesne*”¹⁰¹), é determinante do merecimento de pena o fortalecimento e a afirmação da resolução criminal do presumido autor, que fica vinculado ao assunto mediante a vinculação espiritual com os demais intervenientes¹⁰².

A “tentativa de instigação” implica que quem incita presta a sua contribuição ao facto, de modo que a punibilidade do comportamento não vem determinada por meras resoluções e atitudes morais. A acção deve consistir em imediatamente determinar outro à comissão de um crime grave. O correcto é requerer que a declaração haja chegado pelo menos ao destinatário, pois, se faltar, não alcança o mínimo de perigosidade que é necessário para que o facto seja punido¹⁰³.

⁹⁷ O § 30 StGB (*Versuch der Beteiligung*) refere:

“(1) Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft (...)

(2) Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften.”

⁹⁸ O anterior parágrafo 49.º a) do StBG era qualificado por DREHER como o “*enfant terrible*” entre as disposições da Parte Geral.

⁹⁹ No Direito norte-americano, na conspiração, diversa da “solicitação” (“proposta”), o acto criminal parece-se com o acto criminal da solicitação, mas vai mais longe, por envolver um acordo entre duas ou mais pessoas para cometer um acto ilícito (MILLER). Na conspiração, o acto pode ficar consideravelmente longe do grau de proximidade da consumação.

¹⁰⁰ LUIS JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. VII, El delito y su exteriorizacion, 3.ª ed., Losada, Buenos Aires, VII, pg. 269.

¹⁰¹ DUCHESNE havia oferecido os seus préstimos para matar BISMARCK. O “*parágrafo Duchesne*” foi introduzido pela Lei de 26 de Fevereiro de 1876. Tinha apenas o objectivo proteger as personalidades políticas particularmente expostas. A sua “*ratio*” não era uma necessidade geral de pensar a instigação frustrada, mas de proteger personalidades.

¹⁰² JESCHECK, *Tratado...*, II, pg. 981.

¹⁰³ V. JESCHECK, *Tratado...*, II, pg. 983. A acção deve consistir em imediatamente determinar outro à comissão de um crime grave. O correcto é requerer que a declaração haja chegado pelo menos ao destinatário, pois, se faltar, não alcança o mínimo de perigosidade que é necessário para que o facto seja punido. O autor deve ter o duplo dolo do instigador: deve querer determinar a comissão de um crime grave ao sujeito e, ao mesmo tempo, produzir a execução do facto principal.

A provocação, em alguns Códigos Penais, consta também da Parte Geral.

A “tentativa de instigação” foi única figura admitida pelo Projecto Alternativo (*Alternativ-Enwurf*)¹⁰⁴ de 1966; as restantes figuras foram excluídas, por serem consideradas constitucionalmente objectáveis.

2.1.3.1 No Projecto da Parte Geral, de 1963, da autoria de EDUARDO CORREIA, era prevista uma regra que estatua a punibilidade¹⁰⁵:

O art.º 31.º do Projecto de EDUARDO CORREIA referia:

*“Quem tenta determinar outrem à prática de um crime será punível com a pena correspondente à tentativa desse crime. Da mesma forma será punível quem aceita a oferta de outrem, ou com outra pessoa se concerta, para cometer um crime, ou quem se declara disposto a cometê-lo.”*¹⁰⁶.

Segundo EDUARDO CORREIA, “a punição da autoria moral e da cumplicidade supõe a acessoriedade, isto é, supõe que outrem realize uma actividade executiva. Simplesmente, do ponto de vista político-criminal, nem sempre esta ideia conduz a resultados satisfatórios. Em particular, tem-se posto o problema de saber se não deve ser punível aquele que insiste com veemência na formação da vontade criminosa de outrem, mesmo quando este não chega a praticar qualquer acto de execução; e a resposta afirmativa tem-se imposto cada vez mais — até porque o acto de execução pode não chegar a ter lugar por força de razões puramente exteriores.”¹⁰⁷.

*“as razões que impõem ou justificam a punibilidade destes casos valerão integralmente para a hipótese inversa — aquela em que alguém se declara disposto a cometer um crime (caso «Duchesne», que deu origem à consagração legislativa da hipótese no Código alemão) —, como valerão para as hipóteses em que alguém aceita a oferta de outrem, ou com outra pessoa se concerta para cometer um crime. Serão estas, de certa forma, aplicações válidas do pensamento que preside à chamada «Schuldteilnahmetheorie»”*¹⁰⁸.

Os Conselheiros OSÓRIO e GUARDADO LOPES deram o seu acordo ao preceito.

Segundo o Conselheiro OSÓRIO, não parecia ter dignidade punitiva a simples declaração de que se está disposto a cometer um crime, sendo necessário o compromisso, propondo a seguinte redacção para a segunda parte do preceito:

*«Da mesma forma será punível quem se oferece para cometer um crime, quem aceita esse oferecimento e quem com outrem se concerta para a prática dele.»*¹⁰⁹

MAIA GONÇALVES propôs a seguinte redacção:

“Será punível com a pena correspondente à tentativa todo aquele que:
(...)

¹⁰⁴ Elaborado por jovens professores de Direito Penal.

¹⁰⁵ *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Geral, volume I e II, AAFDL, s. d., pgs. 206-207.

¹⁰⁶ *Actas...*, Parte Geral, pg. 206.

¹⁰⁷ *Actas...*, Parte Geral, pgs. 206-207.

¹⁰⁸ *Actas...*, Parte Geral, pgs. 207.

¹⁰⁹ *Actas...*, Parte Geral, pg. 208.

c) *Com outrem se concerta para cometer um ou vários crimes.*”.

O Professor GOMES DA SILVA teceu uma severa crítica, manifestando a sua “*fundamental oposição*”. “*Na verdade, (...) quem forma uma vontade criminosa não é punível, visto que cogitationes poenam nemo patitur, tratandose aí (...) de um acto preparatório. Logo, não se compreende que a formação de tal vontade não seja punível mas já o seja quem contribui ou determina a formação dessa vontade*”¹¹⁰.

A criminalização deve ir além das hipóteses de provocação pública ao crime, pois seria “*alargar o campo do direito penal para além do facto tangível, palpável*”¹¹¹; “*uma incriminação como a do Projecto arrastará para a punição muitos casos que não têm dignidade punitiva.*”¹¹²

EDUARDO CORREIA rejeitou as objecções de GOMES DA SILVA:

“*Não há aqui nada que possa assemelhar-se a uma punição da nuda cogitatio, visto que aquele que vai ser punido é sempre alguém que, por actos externos, revelou a sua intenção de cometer um crime e criou assim um sério perigo para bens protegidos pelo direito penal. Outra coisa significaria (...) esquecer que o problema da punibilidade se põe em relação ao que determina ou tenta determinar e não em relação ao determinado.*”¹¹³

2.2 Figuras afins

2.2.1 Punição de actos preparatórios

Quando o sujeito leva a cabo a totalidade dos actos executivos e se produz o resultado criminoso, o tipo é plenamente realizado e chega-se à consumação.

A lei pode, contudo, antecipar a tutela penal, por uma norma legal, de maneira a que seja punível não só o crime consumado. O art.º 21.º do Código Penal¹¹⁴ ressalva a existência de disposição expressa.

Nas formas de crime, lidamos actos jurídico-penalmente relevantes, mas inconsumados; nesta categoria, cabem a tentativa e os actos preparatórios, sendo estes, em princípio, impunes (art.º 21.º)¹¹⁵⁻¹¹⁶.

¹¹⁰ Actas..., Parte Geral, pg. 207.

¹¹¹ Actas..., Parte Geral, pg. 207.

¹¹² Actas..., Parte Geral, pg. 207.

¹¹³ Actas..., Parte Geral, 209.

¹¹⁴ Art.º 20.º do Projecto EDUARDO CORREIA, “*no pórtico do capítulo*”.

¹¹⁵ FARIA COSTA, *O círculo e a circunferência: em redor do direito penal da comunicação* in *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Ministério da Justiça, 1995, pg. 47.

¹¹⁶ A maior parte dos penalistas europeus do século XIX considerava que os actos preparatórios deveriam ser, em geral, impunes, pois não supõem uma infracção de normas jurídicas (as proibições, nos crimes de acção dolosos), pelo seu carácter equívoco: considerados em si mesmos, podem estar orientados para a comissão de algum crime ou ser condutas perfeitamente lícitas.

Apenas havia discrepâncias dos representantes da Escola positiva italiana, de acordo com os quais os actos preparatórios deveriam castigar-se quando revelassem a perigosidade do delincente. As

Existem exceções ao referido princípio (v. g., artigos 271.^{o117}, 274.^o, 275.^{o118}, 300.^o, 301.^o, 344.^o do Código Penal), em que a criminalização visa censurar condutas preparatórias de determinadas infracções, dada a gravidade criminal de que se revestem¹¹⁹.

suas ideias não encontraram eco nas legislações do séc. XIX, pela sua difícil conciliação com os princípios básicos do Direito Penal liberal (uma das suas exigências fundamentais era a da segurança jurídica); mas incluíram na tendência dos regimes modernos totalitários do século XX, castigando, em maior ou menor medida, os actos preparatórios.

O Código penal russo de 1926 castigava de um modo geral os actos preparatórios, quando manifestassem a perigosidade do delincente.

O Projecto de Código Penal de 1936, na Alemanha, ampliava o conceito de tentativa, tentando substituí-lo por “*empreendimento*”.

Na reforma de 1944 do Código Penal espanhol, ampliou-se o âmbito de punição dos actos preparatórios, nos termos do art.^o 4.^o, à conspiração, à proposta e à provocação.

Sobre a história da punição de actos preparatórios, v. JOSÉ CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte general – Lecciones*, Lecciones 26-40, 2.^a ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, pgs. 158-159.

¹¹⁷ O artigo 271.^o, sob epígrafe “*Actos preparatórios*”, refere:

“1. *Quem preparar a execução dos actos referidos nos artigos 262.^o, 263.^o, 268.^o, n.^o 1, 269.^o, n.^o 1 ou 270.^o, fabricando, importando, adquirindo para si ou para outra pessoa, fornecendo, expondo à venda ou retendo:*

a) *Formas, cunhos, clichés, prensas de cunhar, punções, negativos, fotografias ou outros instrumentos que, pela sua natureza, são utilizáveis para realizar crimes; ou*

b) *Papel que é igual ou susceptível de se confundir com aquele tipo que é particularmente fabricado para evitar imitações ou utilizado no fabrico de moeda, título de crédito ou valor selado; é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.*

(...)

3. *Não é punível pelos números anteriores quem voluntariamente:*

a) *Abandonar a execução do acto preparado e prevenir o perigo, por ele causado, de que outra pessoa continue a preparar o acto ou o execute, ou se esforçar seriamente nesse sentido, ou impedir a consumação; e*

b) *Destruir ou inutilizar os meios ou objectos referidos no número anterior, ou der à autoridade pública conhecimento deles ou a ela os entregar.”*

¹¹⁸ O art.^o 275.^o, sob epígrafe “*Substâncias explosivas ou análogas a armas*”, preceitua:

“1. *Quem importar, fabricar ou obtiver por transformação, guardar, comprar, vender, ceder ou adquirir a qualquer título, transportar, distribuir, detiver, usar ou trazer consigo arma classificada como material de guerra, arma proibida de fogo ou destinada a projectar substâncias tóxicas, asfixiantes, radioactivas ou corrosivas, ou engenho ou substância explosiva, radioactiva ou própria para a fabricação de gases tóxicos ou asfixiantes, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.*

(...)

3. *Se as condutas referidas no n.^o 1 disserem respeito a engenho ou substância capaz de produzir explosão nuclear, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.*

4. *Quem detiver ou trazer consigo mecanismo de propulsão, câmara, tambor ou cano de qualquer arma proibida, silenciador ou outro aparelho de fim análogo, mira telescópica ou munições, destinados a serem montados nessas armas ou por ela disparadas, se desacompanhados destas, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.”*

¹¹⁹ A punição de actos preparatórios é justificável para certo tipo de crime (por exemplo, nos crimes mais graves contra o Estado).

No entanto, “*deve ser rodeada de restrições e garantias adequadas a impedir uma incriminação demasiadamente lata*” (*Actas...*, Parte Especial, pg. 361), o que não sucedia com o art. 172.^o do CP anterior, que se aplicava a todos os actos preparatórios de todos os crimes contra a segurança exterior ou interior do Estado, sem qualquer especificação ou limite (*Actas...*, Parte Especial, pg. 361).

Assim, “*a punição dos actos preparatórios deve ser tida como medida excepcional*” (*Actas...*, Parte Especial, pg. 362); “*só se justifica em relação aos crimes mais graves e quando houver já um plano de crime e uma intenção definida*” (*Actas...*, Parte Especial, pg. 362).

Os actos preparatórios são antecedidos por actos internos do sujeito; distinguem-se: a tentação criminal, a deliberação interna entre os motivos favoráveis e desfavoráveis, resolução de vontade de realizar a acção típica¹²⁰. Os actos meramente internos são impunes, devido ao princípio “*cogitationes poenam nemo patitur*”; não se deve sofrer a pena pelo mero pensamento.

Não obstante, a conspiração não é um mero acto interno, pois pertence à fase de comunicativa, como se demonstrará.

2.2.1.1 Podem ser adoptadas duas posições acerca da relação entre a conspiração e os actos preparatórios: a inclusão ou não da conspiração, da proposta e da provocação na categoria dos actos preparatórios¹²¹, ou seja, a adopção de uma concepção unicitária ou de uma concepção dualista ou diferenciadora.

2.2.1.1.1 A concepção tradicional opinava no sentido de enquadrar a conspiração nos actos preparatórios. A criminalização seria uma excepção ao princípio da impunidade da “*nuda cogitatio*”, pois a questão mudaria na conspiração, em que a resolução se transcende para o exterior¹²².

Não se fala da punibilidade de ideias, mas da sanção lógica de um “acto preparatório” da infracção¹²³.

Outro argumento seria o de que uma nova categoria complicaria inutilmente a teoria do “*iter criminis*”.

2.2.1.1.2 Diversamente, JÍMENEZ DE ASÚA referia que, de nenhuma forma, se pode dizer que sejam actos preparatórios, pois estes são externos e materiais, não meramente verbais. São, por isso, “casos de resolução manifestada”.

Também ORTEGA COSTALES¹²⁴ distingue, na teoria do “*iter criminis*” várias fases:

Segundo FARIA COSTA, a punibilidade dos actos preparatórios deve-se à essencialidade de certos bens jurídicos, para suportar a natureza ou a própria compreensão do estado de direito; e existência de um plano e de uma intenção definida.

Segundo MARIA FERNANDA PALMA (*A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, vol. I, AAFDL, 1990, pg. 321), há algo de mais específico. Nos casos previstos, verifica-se uma associação típica exclusiva dos actos preparatórios descritos ou apenas concebíveis, ao plano de execução de um ou vários crimes. a inerência típica de tais actos preparatórios a um plano criminoso, associada à essencialidade dos bens em causa, enfraquece as razões de segurança jurídica, que delimitam a incriminação, e dá voz às solicitações preventivas (MARIA FERNANDA PALMA, *A Justificação...*, I, pg. 322).

Em certos casos há já uma apetência para a autonomização do sentido valorativo daqueles actos e para uma apreciação do efeito-valor por eles realizado, independentemente da execução do crime a que estão ligados: autonomização face ao bem jurídico: não corresponde à protecção de um valor objectivamente autónomo daquele que, em última instância, se pretende prevenir. A construção de um bem jurídico autónomo assenta numa certa imagem de danosidade social, dada a normal instrumentalização criminosa das consequências ou produtos daqueles actos (MARIA FERNANDA PALMA, *A Justificação...*, I, pg. 323).

¹²⁰ JOSÉ CEREZO MIR, *Derecho Penal...*, pg. 158.

¹²¹ V. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios* in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XI, fasc. II, Mai.-Ago. de 1968, pgs. 278-279 (do mesmo Autor, *La punition des actes preparatoires dans le droit pénal espagnol* in *RIDP*, 1969, pgs. 77-120).

¹²² FEDERICO PUIG PEÑA, *Conspiración* in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Carlos-E. Mascareñas (ed. lit.), tomo V, Francisco Seix, Barcelona, 1953, pg. 206.

¹²³ PUIG PEÑA, *Conspiración*, pg. 206.

¹²⁴ ORTEGA COSTALES, *Teoria de la Parte Especial...*, pg. 99.

- a fase interna;
- a fase comunicativa (conspiração, proposta provocação);
- a fase dos actos preparatórios;
- a fase executiva: tentativa, consumação.

A conspiração é um caso de antecipação da tutela penal mediante a incriminação de uma fase do “*iter criminis*” anterior à dos actos preparatórios.

Contudo, o art.º 21.º é aplicável “*a fortiori*”, por argumento de maioria de razão, para fundamentar a não punição do acordo simples, não seguido de actos de execução.

2.2.2 Situações de comparticipação criminosa

Outras figuras afins são as de comparticipação criminosa¹²⁵⁻¹²⁶, previstas na Parte Geral (artigos 26.^{o127} e 27.º).

O suporte de algumas destas figuras é a conspiração, consubstanciadora do plano prévio à execução da acção criminosa, sendo um elemento subjectivo que

¹²⁵ A situação concursal é de não fácil apreensão. CAVALEIRO DE FERREIRA refere que “A disciplina jurídica da comparticipação criminosa corresponde a uma realidade múltipla, de difícil enquadramento para abranger todas as modalidades que pode apresentar. Esta dificuldade é posta em realce pela doutrina e reflecte-se na multiplicidade de sistemas legislativos e classificações doutrinárias que se esforçam por disciplinar e explicar o fenómeno da criminalidade colectiva.” (*Direito Penal Português, Parte Geral, II, U.C.P.*, Editorial Verbo, pg. 76).

KANTOROWICZ alude que “a teoria da participação é o capítulo mais obscuro e equívoco da Ciência do Direito penal alemão” (*apud* CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Traducción de la septima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000, pg. 19, e *apud* JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 18).

“As construções jurídicas complicaram-na desgraçadamente tanto que (...) constitui um dos capítulos mais difíceis de toda a dogmática jurídico-penal”¹²⁵ (WILHELM SAUER, *Derecho Penal (Parte General)*, traducción directa del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo, Bosch, Barcelona, pg. 300).

Este problema foi também classificado por HEINBERGER como “*um trabalho de Sísifo*” ou mesmo por RADBRUCH e por VON DOHNANYI como um problema “*privado de esperança*”, do qual derivaria uma “*piadosa incerteza jurídica*” (HEINBERGER de novo) (*apud* SERGIO SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milão, 1987, pg. 180).

¹²⁶ Já o Direito Romano, para punir os diferentes protagonistas, multiplicou as distinções nominais: “*auctores*”, “*socii*”, “*fautores*”, “*consui*”, “*adjutores*”, “*ministri*” (ROGER MERLE / ANDRÉ VITU, *Traité de Droit Criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, tome I, Quatrième éd., Ed. Cuias, pg. 607).

Partindo de uma visão descritiva fenoménica, a comparticipação criminosa, do ponto de vista naturalístico, consiste na união de várias pessoas, cujas forças são coordenadas pelo objectivo de realizar um evento vedado pela lei penal (PIETRO NUVOLONE, *Il Sistema del Diritto Penale*, Cedam, Pádua, 1975, pg. 371).

¹²⁷ Existem vários sistemas de autoria: sistema de autor unitário, o conceito extensivo de autor, teorias do merecimento da pena, teorias da perigosidade e o conceito restritivo; este último tem quatro bifurcações: teorias objectivo-formais, teorias subjectivas, teorias objectivo-materiais, teorias mistas e teoria do domínio do facto. Esta última foi defendida desde o Finalismo; como macro-conceito, tem múltiplas variantes e múltiplos critérios de definição. Posição de realce é a concepção de CLAUS ROXIN, considerando ser o autor a figura central do acontecimento, subdivida no domínio da acção, no domínio da vontade e no domínio funcional; sendo um conceito aberto, face à “*resistência do objecto*”, existem vazios abertos à valoração judicial.

perfaz uma das peças essenciais de várias figuras da comparticipação criminosa. O plano reveste-se da característica de fonte e de fundamento da punibilidade.

As figuras incriminadas da conspiração, do “*complot*”, se não se reconduzirem à co-autoria, dado não ter directamente que ver com a teoria da comparticipação: serão crimes autónomos, “*sui generis*”¹²⁸, como já defendia EDUARDO CORREIA.

2.2.2.1 A comparticipação criminosa pertence à *fattispecie monosubjectiva* (eventual): é uma tipicidade acessória, integrativa, diversa da *fattispecie plurissubjectiva* (necessária), de que o n.º 3 do art.º 239.º é exemplo.

Explicando a primeira, no sistema penal de origem demo-liberal, onde pontifica o princípio da legalidade, é necessário normas que confirmam relevância penal ao comportamento não integrado “*a priori*” na *fattispecie* descrita na Parte Especial.

As normas incriminadoras da Parte Especial só valem para as formas de autoria singular (e na forma consumada), sendo as demais figuras do sistema comparticipativo criadas por alargamento da Parte Geral¹²⁹.

A Parte Geral contém disposições que sancionam formas imperfeitas, pressupostos em que falta algum dos elementos exigidos pelo tipo. Elas são normas integrativas, dispositivos amplificadores do tipo; representam um complemento específico (“*integratività*”) para cada norma incriminadora da Parte Especial; esculpe a actividade lesiva inscrita na norma primária.

DELL’ANDRO explica este fenómeno através da teoria da “*fattispecie plurisoggettiva eventuale*”¹³⁰: a conduta do participante que não cumpre os requisitos da Parte Especial é, de modo, atípica; mas deixa de o ser se contemplada à luz da tipicidade plurissubjectiva eventual; a conduta é, deste modo, típica, de modo parcial e reflexo¹³¹; a atipicidade não é integral¹³². Existe, contudo, um fenómeno integrativo destas disposições da Parte Geral, operando uma extensão da responsabilidade.

Ao contrário, no n.º 3 do art.º 239.º, a conduta dos agentes está descrita desde logo no tipo penal, não havendo qualquer extensão da tipicidade.

2.2.2.2 Outra figura afim é a do acordo na co-autoria (§ 25, 2 do StGB¹³³ e art.º 26.º, 3.ª proposição¹³⁴, uma formulação infeliz¹³⁵, segundo MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA¹³⁶¹³⁷.

¹²⁸ Ou agravantes (EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, com a colaboração de Figueiredo Dias, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2000, pg. 254).

¹²⁹ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência em situações de comparticipação. Um Estudo sobre a validade e limites da solução consagrada no artigo 25.º do Código Penal de 1982*, Almedina, Coimbra, 1992, pg. 246.

¹³⁰ Art.º 110.º do Código Penal italiano.

¹³¹ *Apud* ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, *La Participación en el Delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990, pgs. 308-309. V. HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, pgs. 135-138, 198-199, 213-214, 326-328.

¹³² A instigação e cumplicidade são norma acessórias: têm de ser combinadas com a norma da Parte Especial.

¹³³ O § 25, 2 do StGB refere:

“(…) *Se vários cometem o facto punível conjuntamente, cada um é punido como autor (co-autor).*”

¹³⁴ Cfr. o art.º 27.º do Anteprojecto EDUARDO CORREIA (*Actas...*, Parte Geral, pg. 194).

2.2.2.2.1 O n.º 3 do art.º 239.º é um tipo autónomo, dotado de um conteúdo material. A definição de “*acordo com vista a cometer o genocídio*” impede a aplicação sem mais do conceito técnico-jurídico de co-autoria, porque a verificação do acordo, como acto preparatório, é suficiente para o preenchimento do tipo; e, ainda que haja progressão criminal, não se pode afirmar desde logo que haja uma co-autoria antecipada.

2.2.2.3 A teoria do acordo prévio foi gizada pelo Tribunal Supremo de Espanha, aplicada à co-autoria, permitindo um âmbito muito alargado da punibilidade dos sujeitos que haviam dado o seu acordo prévio, qualquer que fosse o papel na fase executiva¹³⁵.

2.2.2.4 Na conspiração, requere-se a celebração de um acordo para cometer crimes, ao passo que, no “*desígnio comum*”, requere-se não só o acordo, mas também a comissão de actos conforme a ele¹³⁹.

¹³⁵ Sobre o acordo, plano comum de execução, na co-autoria, *Actas...*, Parte Geral, pg. 199; MARIA DA CONCEIÇÃO S. VALDÁGUA, *Início da tentativa do Co-autor. Contributo para a Teoria da Imputação do Facto na Co-Autoria*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1993, pgs. 122-123.

¹³⁶ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início...*, pg. 123.

¹³⁷ O acordo, a decisão conjunta, tomada previamente, projecta-se, na sua luz, no tipo subjectivo (PÉREZ ALONSO admite que é possível diversidade de dolo entre os diversos co-autores (ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 1998., pg. 286). Como KÜPER refere, “*o componente subjectivo vincula os actos individuais*”, “*a justaposição converte-se numa integração ou coordenação*” (KÜPER *apud* ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO, *La coautoría...*, pg. 282).

Sem acordo, ainda que objectivamente os agentes tenham causado o resultado final, “*na sua materialidade externa*”, não há co-autoria, mas actuações paralelas (MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início...*, pg. 125. Por exemplo, A e B, sem acordo, deitam doses de veneno, que, só juntas, matam; cada um apenas pode ser punidos por tentativa de homicídio, em autoria paralela).

CLAUS ROXIN analisa questões particulares do acordo, como o excesso do co-autor, o “*error in persona*” de um co-autor (em que o *Bundesgerichtshof* considera existir co-autoria e em que CLAUS ROXIN rejeita); a co-autoria em virtude de “*operatividade ulterior causal*” (em que o Autor rejeita a co-autoria); os casos em que está excluída a culpa de um interveniente (em que Roxin rejeita a co-autoria) (v. CLAUS ROXIN, *Autoría...*, pgs. 316 ss.).

¹³⁸ O Tribunal Supremo de Espanha utilizou recorrentemente a teoria do acordo prévio: são co-autores todos os que actuem unidos pelo acordo, com independência da objectiva intervenção material do facto. Em sentença de 10 de Dezembro de 1983, o referido Tribunal refere que são requisitos comuns à participação plural, assumindo um vínculo de solidariedade (VICTOR MANUEL AMAYA GARCÍA, *Coautoría y culpabilidad: Estudio Historico y Jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 1993, pg. 269), perfazendo o delito uma totalidade pela qual responderiam todos os delinquentes:

- o “*pactum sceleris*”, a maquinação (deliberada, com tempo ou acidentalmente);
- a “*conscientia sceleris*”, conhecimento da ilicitude do acto criminal;
- a realização pessoal da dinâmica comissiva

(*apud* VICTOR MANUEL AMAYA GARCÍA, *Coautoría...*, pg. 150; igualmente nesse sentido, v. as Sentenças de 2 de Outubro de 1987 (*ib.*, 156) e de 11 de Janeiro de 1991 (*ib.*, pgs. 164-165)).

Assim, o Tribunal Supremo castigou, por exemplo, “*como autores do num. 1 do art. 14 o mero vigilante de um crime de roubo; o que permanece ao volante do automóvel que espera à porta da entidade financeira, enquanto outros delinquentes se apoderam, mediante intimidação, do dinheiro, e a outros participantes que não tenham tomado parte directa na execução do facto.*”.

A “*Corte Suprema de Justicia*”, da Colômbia, tem utilizado uma teoria semelhante, desde Sentença de 10 de Maio de 1991, na qual defendeu que, se vários indivíduos penetram num local para se apoderarem de bens imóveis, permanecendo um deles na via pública, a seis metros do local, distraíndo e interferindo com a visibilidade de uma possível testemunha, é co-autor.

¹³⁹ KAI AMBOS, *Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya* in *La Ley. Revista Penal*, n.º 7, Jan. de 2001, pgs. 10-11.

2.2.2.5 Na Alemanha, mediante o recurso a dados de jurisprudência baixomedieval italiana e do disposto do art. 148.º da “*Constitutio Criminalis Carolina*” de 1532¹⁴⁰, foi elaborada a **teoria do “complot”**. Outras concepções, de finais do século XVIII e de inícios do século XIX, integradas nas doutrinas causais da participação, e mesmo anteriores, como as de MATHEU E SANZ (séc. XVII), construíram a categoria do “*complot*”¹⁴¹:

A definição então era a de duas ou mais pessoas se concertarem para cometer um crime, por motivo de um interesse colectivo, e se obrigarem à sua execução colectiva mediante o acordo de um apoio recíproco, ou seja, um acordo ou pacto selado por uma pluralidade de pessoas para a comissão de um crime, em virtude do qual todas se convertem em co-autores do crime executado, sem importar a contribuição, mais ou menos próxima, de maior ou menor eficácia, que a cada um lhe devesse corresponder no concerto¹⁴². Segundo KÖSTLIN, o “*complot*” exige a intervenção de todos os conspiradores na «execução colectiva» do crime, porque se acredita na “*seriedade*” da intenção de cada indivíduo, mas também permite que a execução seja assumida tão-só, em conformidade com o plano traçado, por algum ou alguns deles¹⁴³. Tratar-se-ia de uma instigação recíproca incompleta.

FEUERBACH refere que o *complot* é uma instigação recíproca¹⁴⁴, havendo a responsabilidade dos conspiradores como autores do facto; todos causam mutuamente a resolução de cometer o crime, já que a decisão de cada um é determinada pela “*expectativa contratualmente fundada de assistência e de cooperação por parte dos demais*”¹⁴⁵ (diversamente, para STÜBEL, o interesse geral ou colectivo dos conspiradores constitui um dos pilares em que se baseia a expectativa de apoio mútuo entre os sujeitos do *complot*).

Se vários se associam para a comissão do crime, todos são delinquentes principais e merecedores de pena.)¹⁴⁶.

Perspectivando as formas de intervenção psíquica ou moral no crime de uma perspectiva jurídico-civil, a teoria mencionada pretendia abarcar como autores todos os participantes espirituais do “*complot*”, desenhando uma **analogia** entre o “*complot*” e os contratos civis de sociedade e de mandato, atentas a determinar se o executor do crime havia executado por sua própria vontade (ou no seu interesse) ou em representação de um interesse e vontade alheios¹⁴⁷: os vários sujeitos que pactuam estão em plano de igualdade para a prossecução dos seus propósitos comuns (excluindo assim os casos de

¹⁴⁰ RENÉ DAVID / CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11.ª ed., Dalloz, Paris, 2002, pg. 47.

¹⁴¹ PEÑARANDA RAMOS, *La Participación...*, pgs. 133-134.

¹⁴² PEÑARANDA RAMOS, *La Participación...*, pg. 134.

¹⁴³ PEÑARANDA RAMOS, *La Participación...*, pg. 140.

¹⁴⁴ Criticando esta posição dogmática, a instigação pressupõe causar a resolução numa pessoa não decidida a executar o crime. A inexistência deste causar no outro não pode suprir-se. Assim, é mais uma ficção ou presunção do que uma explicação adequada à realidade controversa do *complot*. As manifestações sobre uma instigação recíproca são defeituosas, pois o substrato fáctico é indemonstrável ou internamente inexactas. Há casos raros em que preencha o tipo objectivo e subjectivo da instigação: qual seria o agente que determinou quem?

¹⁴⁵ Apud PEÑARANDA RAMOS, *La Participación...*, pg. 136.

¹⁴⁶ PEÑARANDA RAMOS, *La Participación...*, pg. 141.

¹⁴⁷ PEÑARANDA RAMOS, *La Participación...*, pg. 134.

cumplicidade previamente acordada)¹⁴⁸. De acordo com BERNER, seria formada uma vontade global, a partir de um sujeito global, constituído pela colectividade dos comparsas, como resultado de uma instigação recíproca dos seus integrantes, pelo qual todos teriam de responder solidariamente¹⁴⁹. Segundo KÖSTLIN, o *complot* consiste no acordo entre os vários sujeitos para a execução colectiva do crime, dentro do pressuposto de que tenha a qualidade de autor. Dado reconhecimento recíproco das intenções, seria constituída uma vontade global, causando um resultado também global, em virtude do qual todos responderiam solidariamente.

Um exemplo de “*complot*”, fornecido por KÖSTLIN, é o de um facto que só pode ser realizado por uma única pessoa; todos sorteiam entre si quem há-de fazê-lo.

2.2.3 Os crimes de empreendimento empreender um facto significa tanto a sua tentativa como a sua consumação¹⁵⁰

2.2.4 Outra figura afim é a da circunstância agravante. O crime ter sido pactuado por duas ou mais pessoas constituía uma circunstância, nos termos do n.º 7 do art.º 34.º do Código Penal de 1852/1886¹⁵¹.

Hoje é também um índice de maior perigosidade: facilita o empreendimento criminoso (v.g., os artigos 132.º, n.º 2, al. g)¹⁵², 190.º, n.º 3¹⁵³, art.º 204.º, n.º 2, al. g)¹⁵⁴ (o bando¹⁵⁵)).

¹⁴⁸ PEÑARANDA RAMOS, *La Participación...*, pg. 135.

¹⁴⁹ BERNER *apud* PEÑARANDA RAMOS, *La Participación...*, pg. 140.

¹⁵⁰ Exemplos: artigos 327.º (atentado contra o Presidente da República (cujos actos preparatórios são punidos (art.º 344.º)); art.º 325.º (alteração violenta do Estado de Direito (“tentar destruir”)) (cujos actos preparatórios são também punidos (art.º 344.º) V. JORGE CARLOS DE ALMEIDA FONSECA, *Crimes de Empreendimento e Tentativa. Um estudo com particular incidência sobre o direito penal português*, Almedina, Coimbra, 1986.

¹⁵¹ Com efeito, assim se diminuía a probabilidade de defesa e se dava à actividade uma maior probabilidade de êxito, reflectindo-se na gravidade da ofensa e, portanto, na ilicitude, como na altura explicava EDUARDO CORREIA (*Direito Criminal...*, II, pg. 370).

¹⁵² O n.º 2, al. g), do artigo 132.º (Homicídio qualificado) estatui:

“2. É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente:

(...)

g) Praticar o facto juntamente com, pelo menos, mais duas pessoas (...).”

¹⁵³ O n.º 3 do artigo 190.º (Violação de domicílio) refere:

“3. Se o crime previsto no número 1 for cometido de noite ou em lugar ermo, por meio de violência ou ameaça de violência, com uso de arma ou por meio de arrombamento, escalamento ou chave falsa, ou por mais de três pessoas, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.”

¹⁵⁴ O n.º 2, al. g), do artigo 204.º, sob epígrafe “Furto qualificado”, preceitua:

“2. Quem furtar coisa móvel alheia:

(...)

g) como membro de bando destinado à prática reiterada de crimes contra o património, com a colaboração de pelo menos outro membro do bando;

é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.”

¹⁵⁵ No campo do Direito Penal secundário, v. os artigos 21.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 15/93. São acções particularmente perigosas, planeadas, com grande astúcia e dissimulação (WINFRIED HASSEMER, (...) *A Segurança Pública no Estado de Direito*, AAFDL, 1995, pg. 94). Sobre o bando, v. TERESA PIZARRO BELEZA, *Os crimes contra a propriedade após a revisão do Código Penal de 1995 (sumários desenvolvidos)* in *A tutela penal do património após a revisão do Código Penal*, Teresa Pizarro Belez / Frederico de Lacerda da Costa Pinto, A.A.F.D.L., 1998, pg. 60; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Aspectos da tutela penal do património após a revisão do Código Penal* in *A tutela*

2.2.5 O paradigma dualista distintivo entre acordo excludente da tipicidade (v. g., crime de violação de domicílio) / consentimento, foi desenvolvido, entre nós, por MANUEL DA COSTA ANDRADE¹⁵⁶, salientando a existência de duas espécies de bens jurídico-penais, duas formas de danosidade social, dois modelos de tutela penal:

— O acordo que exclui a tipicidade, por exemplo, do crime de introdução em casa alheia¹⁵⁷, implica condutas com uma expressividade ético-social unívoca, susceptível de fundamentar um juízo de danosidade social e, nessa medida, apontar um sentido à valoração jurídica.

— O consentimento, como causa de justificação, produz o recuo da ilicitude e da punibilidade, por respeito pela autonomia individual¹⁵⁸⁻¹⁵⁹.

O acordo afasta a tipicidade, ao passo que o consentimento derime a ilicitude.

2.2.6 O ponto comum entre o acordo e o incitamento ao genocídio¹⁶⁰ (art.º 239.º, n.º 2 do Código Penal¹⁶¹) é o objecto ser também o genocídio. Contudo, a estrutura da acção típica é diversa da do acordo¹⁶², para além de não ser um crime de participação necessária.

2.2.7 Outra figura com que pode ser cotejada é a do terrorismo (art.º 300.º¹⁶³) e das organizações terroristas (art.º 301.º)¹⁶⁴.

penal do património após a revisão do Código Penal, Teresa Pizarro Beleza / Frederico Lacerda da Costa Pinto, AAFDL, 1998, pg. 28 (também *Aspectos da Tutela Penal do Património após a revisão do Código Penal in Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, vol. II, CEJ, Lisboa, 1998, pgs. 489 ss. (463-499).

¹⁵⁶ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*

¹⁵⁷ O agente não penetra na casa do ofendido contra a sua vontade (GEERDS *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, 146), dada a estrutura axiológico-teleológica, normativa e dogmático-jurídica, da figura do acordo.

O acordo esclarecido e livre em relação a bens relacionados com a liberdade, a autorização da intervenção de terceiro é emanção e parte integrante da realização e actualização do correspondente valor do direito (MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, 508).

O acordo mediatiza, se livre e esclarecido, aquela comunicação ideal que se identifica com o bem jurídico protegido: uma expressão da liberdade pessoa que só na interssubjectividade encontra a forma autêntica de actualização (MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, 517). O acordo assegura a continuidade entre a autonomia pessoa e o bem jurídico protegido e, reflexamente, a congruência entre a mesma autonomia e o programa sistémico-social de tutela penal. O que exclui, os coeficientes de conflitualidade próprios do consentimento. E retira todo o fundamento e pertinência a conceitos – como ofendido, renúncia, lesão,... – nucleares no discurso do consentimento (MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, 517).

¹⁵⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, pg. 362.

¹⁵⁹ Sobre o consentimento e causas de justificação, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, pgs. 228 ss.

¹⁶⁰ Não é instigação, pois falta o facto principal típico e ilícito.

¹⁶¹ Também previsto na CPRCG e no ER (art.º 25.º, n.º 3, al. e)).

¹⁶² O tipo objectivo de ilícito consiste em incitar publicamente; indicia uma amplitude excessiva.

Incitar “*directamente*” limita a primeira característica, ou seja, de forma clara e inequívoca (sob pena de inconstitucionalidade, por violação do art.º 37.º da Constituição (liberdade de expressão)).

¹⁶³ O art.º 300.º (Organizações terroristas) estatui:

“1. *Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.*

2. *Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de 2 ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade ou a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupo de pessoas ou a população em geral mediante a prática de crimes:*

2.2.8 Há alguma sobreposição entre a doutrina dos crimes de organização e a doutrina da participação¹⁶⁵.

O tipo de crime da **associação criminosa** está contido no art.º 299.º do CP¹⁶⁶, com aflorações particulares noutros diplomas¹⁶⁷.

Os crimes de associações criminosas são historicamente assentes em componentes político-ideológicas estranhas à teoria da participação¹⁶⁸. Estão em dissonância com o regime da Parte Geral do Código Penal, são mecanismos que, conjuntamente com a conspiração, em certo sentido, em abstracto, estão direccionados para a mesma finalidade — a de proporcionar segurança às potenciais vítimas do crime concreto; ambos adiantam as barreiras de protecção penal. A essência de ambas é a «cooperação» com fins criminais. Tem de haver um grupo unido e organizado para o propósito comum.

Contudo, a mera pertença não é suficiente para haver uma organização criminosa.

No que respeita ao conteúdo material, na associação, predomina o aspecto institucional, a perenidade, aparecendo os sujeitos relacionados através de um tecido associativo complexo de que todos se servem (“fundadores”, “promotores”, “quem fizer parte”, “quem chefiar”). A associação será algo tendencialmente mais estável do que a conspiração, será mais organizada.

a) *Contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas*

(...)

3. *Quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 10 a 15 anos.”*

¹⁶⁴ Sobre os artigos 300.º e 301.º, v. os comentários de FIGUEIREDO DIAS, *Artigo 300.º in Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Artigos 202.º a 307.º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Ed., 1999, pgs. 1175-1182; *ID.*, *Artigo 301.º in Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Artigos 202.º a 307.º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Ed., 1999, pgs. 1183-1187.

¹⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS, *As «Associações Criminosas»...*, pg. 9.

¹⁶⁶ O artigo 299.º refere:

“1. *Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.*

2. *Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos membros.*

3. *Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.”*

V. o art.º 395.º do Projecto EDUARDO CORREIA. Sobre o crime de associações secretas ou ilícitas, *Actas... Parte Especial*, 1979, pgs. 395-396.

¹⁶⁷ V. g., o artigo 5.º da Lei n.º 64/78, de 6 de Outubro, preceitua:

“1. *Os que tiverem organizado ou desempenhado cargos directivos ou funções de responsabilidade em organização declarada extinta por perflhar a ideologia fascista serão punidos com pena de prisão de dois a oito anos.*

2. *Em igual pena serão condenados os membros de organização declarada extinta que tenham tomado parte em acções violentas enquadráveis no âmbito do artigo 3.º.*

3. *Os membros de organização declarada extinta que, após a extinção, ajam com desacatamento da decisão declaratória, ainda que no âmbito de nova organização similar, serão punidos com a pena de dois a oito anos de prisão, agravada quando se trate de organizadores, dirigentes ou responsáveis.*

4. *Aquele que, não sendo membro de qualquer organização declarada extinta, tiver participado na sua actividade ilícita será punido com pena de prisão até dois anos.”*

¹⁶⁸ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 10.

Na conspiração, predomina o aspecto subjectivo, a decisão pessoal e íntima que une um conspirador ao outro; a conspiração implica um acordo em virtude do qual os sujeitos intervêm, fazendo nascer em todos e dada um o propósito firme e decidido de fazer algo: cometer o crime, que, de outra maneira, não se atreveriam a realizar¹⁶⁹. Na associação, os membros componentes não têm de encontrar-se numa situação relação de dependência mútua.

Segundo JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, formalmente considerada, a conspiração não é definitiva, mas uma etapa prévia de participação no crime. A associação é um crime autónomo.

Os sujeitos que intervêm na conspiração planeiam a comissão de um crime. A associação representa a criação de uma maquinaria, ou a participação na mesma, que tem por objecto o crime, não havendo conexão técnico-jurídica prévia entre os que participam no crime de associação e aqueles que o façam nos crimes (não necessários em concreto).

Segundo PUIG PEÑA, na associação, o desígnio criminoso é mais amplo do que na conspiração¹⁷⁰; é, em nosso entender, um critério também tendencial¹⁷¹.

§ 5.ª **TIPO DE ILÍCITO**

§ § 1.ª TIPO OBJECTIVO

1. Sujeitos. Requisito quantitativo

Na análise do tipo legal de crime¹⁷², o requisito quantitativo é o de dois ou mais sujeitos.

A proposta inicial do Professor FIGUEIREDO DIAS mencionava “*três ou mais pessoas*”^{173 - 174}.

¹⁶⁹ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 76.

¹⁷⁰ PUIG PEÑA, *Conspiración*, pg. 209.

¹⁷¹ Na expressão de JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS (*La Conspiración...*, pg. 76), ao passo que a associação é um Estado (“*antiestado*”), a conspiração é uma comunidade.

¹⁷² No tipo legal de crime (*Tatbestand*), o legislador descreve aquelas expressões da vida humana que em seu critério encarnam a negação dos bens jurídico-criminais, que violam os bens ou interesses jurídico-criminais (EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso em Direito Criminal. I – Unidade e Pluralidade de infracções. II – Caso julgado e poderes de cognição do juiz*, Almedina, Coimbra, 1996 (reimpressão), pg. 86). Neles vasa a lei como em moldes os seus juízos valorativos, neles formula de maneira típica a antijuridicidade, a ilicitude criminal (EDUARDO CORREIA, *A Teoria...*, pg. 87).

¹⁷³ V. *Código Penal. Actas...*, 1993, pg. 284.

¹⁷⁴ Quanto ao tipo legal de crime de rixa (art.º 151.º do CP), discute-se o número de pessoas necessário, havendo quem entenda ser suficiente duas; outros entendem ser necessário mais (FREDERICO ISASCA, *Da participação em Rixa (o Art.º 151.º do novo Código Penal)*, reimpressão, AAFDL, 1999 (1985), pgs. 47-48). No n.º 1 do art.º 299.º, avulta o grupo, a organização ou a associação.

Os Trabalhos Preparatórios da Reforma de 1995 demonstram que não há obstáculo a considerar teoricamente que bastam dois sujeitos para haver preenchimento do tipo. Não obstante, na prática, o tipo de genocídio requererá um número consideravelmente amplo de sujeitos.

2. O acordo é um crime formal. Segundo a sentença MUSEMA do TCIR, tanto na família romano-germânica como na família de “*Common Law*”, a conspiração é uma infracção formal (“*inchoate offence*”), que é punível em virtude do acto criminal como tal, não como consequência ou resultado do acto. O crime é punível, ainda que não se produza o resultado, isto é, a “*substantive offence*”, o crime principal, isto é, se o genocídio não for perpetrado.

3. A acção típica

3.1 “Acordo”, “acordar”

A determinação é missão do Direito. O indivíduo deve ter a possibilidade de conhecer desde o início o que está proibido penalmente¹⁷⁵.

Importa recortar filologicamente o significado exacto das palavras:

“*Acordar*”, sendo um verbo transitivo, tem como significado “*resolver*”, “*decidir*”, “*determinar*”; sendo um verbo intransitivo, significa “*chegar a um acordo*”, “*concordar*”; não acordar, dissentir. “*Acordo*” significa conformidade, **unidade de opinião**, perfeito acordo.

Juridicamente, o concerto é o perfeito consenso de vontades, afastando-se as meras conversações prévias e as discussões comuns acerca da possibilidade de cometer um facto; a falta de clareza do crime projectado¹⁷⁶ afasta a existência de um “acordo”.

3.2 Tendo em conta o lastro histórico-valorativo do direito anglo-saxónico, averiguando o objecto comum da conspiração, esta não é meramente a concorrência de vontades, mas a concorrência resultante de um acordo. “*Conspire is nothing; agreement is the thing*” (LORD CAMPBELL). As partes têm de “*put their heads together to do it*”¹⁷⁷.

Etimologicamente, “*conspiracy*” significa um esforço conjunto; duas pessoas não podem esforçar-se conjuntamente, a menos que se ponham em acordo.

¹⁷⁵ ALBIN ESER / BJÖRN BURKHARDT — *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Colex, 1995, pg. 53. “*No entanto, não se deve extremar o mandato de determinação, pois, de contrário, as leis tornar-se-iam excessivamente rígidas e casuísticas e não se poderiam adequar à evolução da vida, acompanhando a mudança das situações ou as características especiais do caso concreto.*”, referem ESER / BURKHARDT (*Derecho Penal...*, pg. 53).

¹⁷⁶ MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 473.

¹⁷⁷ GRANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, Second Ed., Stevens & Sons Limited, London, 1961, pg. 667.

Não basta uma troca de impressões; é necessário que se tome a deliberação de executar o crime¹⁷⁸.

3.3 Os meios de chegar a acordo

O acordo não necessita de ser submetido a formalidades específicas: os conspiradores podem pôr-se de acordo por correspondência do correio ou por correspondência através de um terceiro. Mas tem de haver algum tipo de comunicação

Os conspiradores não necessitam de se ter encontrado ou comunicado uns com os outros; basta uma pessoa que o faça inicialmente¹⁷⁹.

3.3.1 A possibilidade de acordo tácito

Aplica-se possibilidade de acordo tácito que vige para a co-autoria?

Numa primeira opinião, perfilhada por GRANVILLE WILLIAMS¹⁸⁰, não seria necessário que o acordo fosse oral: seria possível por formas tácitas, tal como na co-autoria¹⁸¹.

Diversamente, numa interpretação exigente do tipo, não seria possível o acordo tácito. Nos Trabalhos Preparatórios da revisão do Código Penal de 1995, eliminou-se a expressão “*mero acordo*”, que proporcionava uma ideia de simplificação de meios¹⁸²; daí a sua substituição. Por exemplo, se o agente ouve a conversa, será um cúmplice.

Se os agentes não se ajudam, é difícil falar de um objecto criminal comum.

Consideramos, com o Professor GRANVILLE WILLIAMS, que um mero conhecimento e consentimento mental para um crime a ser cometido por outros não faz de um homem conspirador; mas uma ligeira participação no plano é suficiente¹⁸³.

4. Os requisitos do acordo

Nos elementos pessoais, exige-se uma pluralidade de pessoas¹⁸⁴.

A conspiração não é meramente a concorrência de vontades, mas a concorrência resultante de um acordo¹⁸⁵.

¹⁷⁸ CERESO MIR, *Derecho Penal...*, pg. 161.

¹⁷⁹ GRANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law...*, pg. 666.

¹⁸⁰ GRANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law...*, pg. 668.

¹⁸¹ MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 380.

¹⁸² *Código Penal. Actas...*, 1993, pg. 284.

¹⁸³ GRANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law...*, pg. 668.

¹⁸⁴ É similar à liberdade de reunião (art.º 45.º, n.º 1, da Constituição).

A natureza do acordo exigido é susceptível de algumas dúvidas. Poder-se-ia supor que o acordo necessário para a conspiração é o mesmo do necessário a um contrato; é um encontro de vontades (*“meeting of minds”*), resultante de proposta e de aceitação. Este tipo de acordo é suficiente. Mas a questão é se a palavra *“acordo”* poderá ter um significado diverso do sentido do contrato do Direito Civil.

Segundo alguns anglo-saxónicos, não existiria diferença.

Contudo, dever-se-á entender, com outros Autores, que se não aplicam inteiramente as regras de celebração de contratos do Direito Civil. Segundo J.C. SMITH / BRIAN HOGAN, não é necessário *“um acordo no sentido estrito da lei dos contratos” “mas as partes têm de, pelo menos, ter chegado a uma decisão para perpetrar o objecto contrário ao Direito.”*¹⁸⁶.

A conspiração pressupõe usualmente um pensar e um repensar, um intercâmbio de pareceres ou critérios distintos para a comissão do crime; e um chegar a acordo conforme o mesmo, normalmente sobre a sua forma de realização, ocasião, lugar, pessoas que devem intervir¹⁸⁷. Contudo, não é imprescindível que os conspiradores tenham amadurecido o plano em detalhe¹⁸⁸.

Por outro lado, não se exige que a forma de um *“contrato criminal”* contenha detalhadamente todas as estipulações da realização do tipo criminal; basta um conhecimento geral¹⁸⁹. Um plano divergente quanto aos detalhes, mas existindo coincidência no essencial, não põe em causa o concerto criminoso. Tal como na co-autoria, não é necessário que os meios ou instrumentos particulares tenham sido acordados¹⁹⁰.

A pessoa que se junta posteriormente à conspiração, sendo *“anexada”*, é contaminada desde o momento da entrada¹⁹¹.

4.1 Aplicando a teoria do acordo na comparticipação (na autoria plenária, na cumplicidade e, em particular, a co-autoria)¹⁹².

A conexão de vontades é designada por *“convenção de ilicitude”*¹⁹³.

¹⁸⁵ GRANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law...*, pg. 667.

¹⁸⁶ J C SMITH / BRIAN HOGAN, *Criminal Law*, 7.^a ed., pg. 293.

¹⁸⁷ PUIG PEÑA, *Conspiración*, pg. 207.

¹⁸⁸ GRANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law...*, pg. 664. Tal como no acordo de comparticipação, o acordo *“simples”* pode ser fruto de uma maquinação deliberada e com tempo ou pode produzir-se de forma instantânea ou acidental.

¹⁸⁹ Em relação à co-autoria, v. ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO, *La coautoría...*, pg. 286.

¹⁹⁰ GRANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law...*, pg. 664.

¹⁹¹ GRANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law...*, pg. 664.

¹⁹² O elemento subjectivo consistente no acordo de vontades implica: i) *“Pactum sceleris”* ou *“societas sceleris”*: concerto de vontades ou acordo prévio para levar a cabo a consecução da empresa comum. ii) A *“conscientia scaeleris”* consiste na consciência da ilicitude do acto convencional ou pactuado; *“animus adjuvandi”* consiste no propósito de coadjuvar ou cooperar com os demais para a perpetração do acto.

¹⁹³ MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 381.

A conexão de vontades como elemento subjectivo de co-autoria exige simultaneamente vontade de participação no domínio colectivo do facto, a vontade de domínio comum do facto pela comunidade de pessoas.; requer, em princípio, um plano e uma resolução criminosa comuns a todos os co-autores que formam parte do ente colectivo (MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 379), e, ademais, como vontade de participação, uma actuação conjunta querida em virtude da qual cada co-autor particular efectue a sua contribuição objectiva ao serviço da realização do plano comum. Ambos os elementos, a vontade de domínio do facto pela colectividade de pessoas e a vontade de participação nela, recebem o nome de conexão de vontades (MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 379).

4.1.1 Analogamente ao que sucede com a punição da conjuração, exige-se que a conjuração se destine à perpetração de um determinado facto, não bastando, portanto, os simples projectos abstractos e genéricos¹⁹⁴, limitando o tipo de crime às proporções razoáveis:

É necessário, pois, que os sujeitos resolvam executá-lo¹⁹⁵ ou que estejam de acordo em levar à prática.

4.2 O conteúdo do acordo. “com vista à prática de genocídio”

A expressão “*acordo com vista à prática de genocídio*” (art.º 239.º, n.º 3) significa que o acordo é tendente ao genocídio. O Legislador define o âmbito dogmático de protecção da norma. O acordo deve incluir a estipulação deste tipo legal de crime. Existe uma relação de íntima dependência entre a conspiração e o genocídio, crime objecto da conspiração. Assim, há uma remissão para o tipo objectivo de ilícito do genocídio.

4.2.1 O acordo engloba necessariamente a realização de actos executivos de genocídio?

O acordo engloba necessariamente a realização de actos executivos no genocídio? Qual o conceito de autor na conspiração, tendente à repartição de papéis entre os sujeitos? Terá de haver uma estrutura rígida, abarcando somente responsabilidade a título de autoria, ou flexível, abarcando também responsabilidade a título de participação?

4.2.1.1 Certos Autores, como LETZGUS e RODRÍGUEZ MOURULLO, configurando a conspiração como uma co-autoria antecipada, afirmam o compromisso de co-autoria no acordo de conspiração, ou seja, exigem que todos os conspiradores ajam como co-autores.

Os elementos subjectivos do domínio colectivo do facto significam o ter nas mãos o curso do acontecer típico dos actos individuais necessários à lesão do bem jurídico (MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 373).

O alcance da conexão de vontades é o de ater o carácter comum da lesão a um bem jurídico, que deverá ser provocada pela via da divisão de trabalho (MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 379).

O participante que assume, nos termos do plano comum, desempenhar um papel essencial para a realização do projectado delito, fica, a partir da decisão conjunta, titula do domínio (negativo) do facto; mas enquanto não iniciar, pelo menos, o exercício desse domínio de facto que lhe cabe, não pode ser considerado co-autor de uma tentativa (MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início...*, pg. 44).

¹⁹⁴ *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Especial*, AAFDL, s. d. (= in *BMJ*, 1979), pg. 380.

¹⁹⁵ Art.º 4.º do anterior CP espanhol.

4.2.1.2 Outros Autores não subscrevem a exigência de realização de actos executivos. Os conjurados conspiraram em mistério, para cometer os crimes; tomam a resolução tomada para cometer o crime.

Existe a possibilidade de algum ou alguns dos conspiradores não ter intenção de ser co-autor no crime principal, de ser cúmplice durante a execução ou de não ter título de intervenção.

4.2.1.2.1 Segundo JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS¹⁹⁶, os conspiradores não têm de realizar actos executivos. Não há a necessidade de o conspirador ser um autor presumido do crime principal. É suficiente o papel como artífice do plano colectivo e, sobretudo, o apoio de um género ou de outro raiano toda a acção principal.

Na conspiração, o único facto real que existe é a tomada de acordo, seguida da tomada de decisão.

Segundo o Autor, esta é a única forma de evitar a distorção não só da conspiração, mas da própria estrutura das figuras de participação, que exigem sempre uma conduta principal de referência, que irá permitir apreciar o desvalor das mesmas.

A determinação dos sujeitos do crime principal é um elemento essencial da conspiração; aquela é uma característica peculiar do acordo de conspiração. Do mesmo modo que nenhum dos conspiradores pode não intervir com actos executivos do crime projectado, o acordo de conspiração deve designar as pessoas, os conspiradores, que irão tomar parte na execução, como co-autores ou como cúmplices materiais.

Na conspiração, o único facto real que existe é a tomada de acordo, seguida da tomada de decisão¹⁹⁷.

Assim, não é necessário que todos os conspiradores tomem parte na execução do crime¹⁹⁸. Nem todos os autores têm de ser necessariamente co-autores do crime projectado; podem ser cúmplices ou não ter nenhum papel, caso em que respondem como instigadores¹⁹⁹ (ou, acrescentamos, também como cúmplices (*infra*)).

4.2.1.2 Posição intermédia é a de referir que não é suficiente a participação na resolução, exigindo-se como mínimo a participação de algum modo, como autor ou cúmplice material, na execução do crime.

4.2.1.3 Averiguando o critério mais idóneo para indagar quem pode ser autor de conspiração, em nossa opinião, o “*acordo com vista ao genocídio*” expressa o núcleo da conspiração. Todos e cada um influem na decisão dos demais.

Desde modo, não há razão para interpretar a expressão “*com vista a cometer*” no sentido de todos terem necessariamente de realizar executivos do crime de genocídio. Nem todos os conspiradores poderão não ser autores do crime genocidário.

¹⁹⁶ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pgs. 40-41, 94, 125-126.

¹⁹⁷ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 125.

¹⁹⁸ GRANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law...*, pg. 668.

¹⁹⁹ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 125.

O conspirador não tem de estar destinado a realizar actos executivos de genocídio. Pode mesmo nenhum deles executar o genocídio.

4.2.1.4 Seguindo o entendimento de JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, da mesma forma que nenhum dos conspiradores pode não intervir com actos executivos do crime projectado, o acordo de conspiração deve designar as pessoas, os conspiradores, que irão tomar parte na execução, como co-autores ou como cúmplices materiais²⁰⁰. Esta determinação dos sujeitos do crime principal é um elemento essencial da conspiração; é uma característica peculiar do acordo de conspiração.

O conspirador não tem de estar destinado a realizar actos executivos de genocídio.

Contudo, a mera intenção de colaboração deve ser contemplada no “*pactum sceleris*”.

4.2.2 Acordo condicionado

Imaginemos um exemplo de acordo condicionado ou conspiração condicionada:

Os conspiradores A e B fazem depender a comissão do crime acordado de que C ponha à sua disposição um meio de transporte para o fazer. É uma decisão que não permite ser levada a cabo imediatamente, mas requer que ocorra algo, representado por uma condição²⁰¹. Por exemplo, os agentes pactuam perpetrar genocídio, no momento propício, se chegarem ao poder (ganhando as eleições); ou, noutro exemplo, existe discussão quanto à data.

Os diversos tipos de condição podem ser:

- de natureza objectiva
- de natureza subjectiva.

Qual a solução do acordo condicionado?

Como nota preliminar, dir-se-á que os critérios de Direito Civil não podem ser plenamente utilizados para a obtenção de um conceito de conspiração.

4.2.2.1 Uma primeira posição sublinharia a inadmissibilidade do acordo. Com efeito, a referência a “*mero acordo*” foi eliminada na Reforma de 1995²⁰², o que constituiria um argumento contra a admissibilidade.

4.2.2.2 JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS perfilha uma solução casuística, de acordo com cada caso particular²⁰³.

Tomando em conta o princípio do aumento do risco (como foi delineado para a negligência ou para a participação ou para a tentativa), para existir imputação do resultado, a conduta deve ir além do risco permitido:

²⁰⁰ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 126.

²⁰¹ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 146.

²⁰² *Código Penal. Actas...*, 1993, pg. 284.

²⁰³ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pgs. 147-149.

Aplicando o esquema à conspiração condicionada, a decisão, o acordo dos conspiradores, dirigido à comissão do crime projectado, implica um perigo de execução. Neste sentido, o acordo de conspiração implica já um certo aumento do risco de produção da lesão do bem jurídico do crime principal, ainda que apenas se trate de um resultado hipotético.

Sem embargo, quando o acordo aparece condicionado, produz-se um facto de insegurança na produção do resultado lesivo, que pode chegar a ser juridicamente relevante. Assim, se o cumprimento da condição é tão provável e de tão fácil verificação que nada parece duvidar da sua realização, não haverá inconveniente em admitir que estamos perante uma conspiração, que não afecta a execução. Se, pelo contrário, o cumprimento da condição depende de factores e de circunstâncias que aparecem como muito improváveis de ocorrer no caso, a condição, e, com ela, a execução do conspirado, aparece como utópica, irrealizável, contrapesando e anulando o aumento de perigo de produção do resultado que representa a conspiração. Não se pode falar em conspiração, dada a ausência do principal critério de imputação nestes casos, que é o do aumento do perigo de execução do crime principal²⁰⁴.

Temos, assim, duas possibilidades:

a) Colocando um terceiro na posição dos conspiradores, com conhecimento objectivo, a acção principal condicionada poderia ser executada, sendo muito provável; haverá, então, conspiração;

b) Se o terceiro representa como pouco provável, sendo quase impossível, não há conspiração.

É indiferente que a conspiração esteja condicionada objectivamente ou dependa da conduta a realizar por um terceiro, alheio à conspiração, ou que se exija a verificação de condições por parte dos conspiradores. O relevante é que objectivamente se verifique a possibilidade de superar o obstáculo representado pela condição. Será uma conspiração consumada, no primeiro caso; inexistente, no segundo²⁰⁵.

4.2.2.3 Outra solução seria a de admitir sempre a conspiração.

Segundo a Sentença do *Bundesgerichtshof*, de 3 de Dezembro de 1958, trata-se de uma circunstância objectiva, independente da vontade dos conspiradores; em todos estes casos há um autêntico acordo de conspiração, dado que o perigo de produção do resultado é sempre o mesmo, isto é, dependente do azar de que se cumpra ou não a condição.

4.2.2.3.1 Outra solução ainda seria a da aplicação analógica das regras relativas ao dolo condicionado.

A vontade condicionada de realizar a acção contém três possibilidades²⁰⁶:

- 1) o estado de indecisão;
- 2) a decisão baseada em factos hipotéticos;
- 3) a decisão com reserva de desistência.

²⁰⁴ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 148.

²⁰⁵ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 149.

²⁰⁶ JESCHECK, *Tratado...*, I, pg. 408.

1) O primeiro não é dolo, pois para este é precisa uma decisão definitiva da vontade. O estado de indecisão não constitui acordo; os agentes ainda não sabem o que hão-de fazer.

2) Na segunda, adopta-se a resolução de cometer o facto, mas faz depender a sua realização de condições situadas fora do seu alcance; actua também com dolo.

3) A terceira, já na fase de execução, não exclui o dolo.

Com base na aplicação analógica das regras relativas à decisão baseada em factos hipotéticos, não dependente da vontade dos agentes, a existência de acordo não é afastada, aplicando por analogia as regras relativas ao dolo condicionado.

4.2.2.4 Em nosso entender, devido à letra da lei positivar “*o acordo*” e não “*o mero acordo*”, concordamos com as observações de JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, perfilhando, pois, uma solução casuística, balizada pela averiguação do incremento do risco permitido.

§§ 2.º **TIPO SUBJECTIVO**

1. Não coincidência total entre os tipos subjectivos do acordo e do genocídio

O tipo subjectivo do acordo não é inteiramente coincidente com o do genocídio. Com efeito, a distinção entre crimes de perigo e crimes de dano contém uma diferenciação de tipos subjectivos: segundo os critérios de ilicitude objectiva, o dano e o perigo são duas formas autónomas de “lesão social”, pelo que a posição dos agentes em relação a eles há-de comportar uma diferente “representação” ou “disposição”²⁰⁷.

O dolo de perigo é distinto e autónomo do dolo de dano.

Estes crimes têm uma estrutura subjectiva assente no conhecimento da acção perigosa, independentemente do conhecimento das características próprias e da perigosidade inerente à acção perigosa²⁰⁸.

No que concerne ao tipo de responsabilidade, este é necessariamente um tipo doloso, nos termos do art.º 13.º do Código Penal.

²⁰⁷ RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, pg. 71.

²⁰⁸ PAULO SÉRGIO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Os crimes de perigo comum e conta a Segurança das Comunicações em face da Revisão do Código Penal* in *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, vol. II, CEJ, Lisboa, 1998, pg. 268 (pgs. 253-315) (v., do mesmo Autor, *O conceito de perigo nos crimes de perigo concreto* in *DJ*, vol. VI, 1992, pgs. 351-364).

2. O dolo na conspiração

O acordo desempenha o seu papel em dois momentos: como elemento objectivo e como elemento subjectivo.

Há uma analogia com o acordo na comparticipação, em especial, com o acordo na co-autoria, sobretudo no tocante aos elementos subjectivos do domínio colectivo, no âmbito das teorias do domínio do facto²⁰⁹.

O dolo corresponde ao conhecimento e vontade de realizar o tipo, abarcando os elementos tanto objectivos como subjectivos²¹⁰.

2.1 Qual a relação entre o dolo do acordo e o dolo do crime principal? Existirá um dolo de conspiração “*proprio sensu*”, independente e autónomo do dolo do crime principal?

Temos que considerar três opiniões:

1) A da desconsideração do dolo do crime principal; só se exige conhecimento e vontade de conspirar, sem considerar o crime principal.

2) A da exigência de duplo dolo, ou seja, do dolo de conspiração e do dolo do crime principal; o dolo deve abarcar o dolo de o autor principal consumir o crime, como formas preparatória de participação (LETZGUS refere que, tal como na instigação, o instigador deve ter duplo dolo).

3) A da manifestação antecipada do dolo do crime principal; não existe um dolo específico de conspiração, mas uma manifestação antecipada do dolo do crime projectado, dentro das características especiais do crime genocidário principal. O dolo da conspiração seria absorvido pelo dolo do crime principal.

A primeira não faz sentido, pois a conspiração se refere a um determinado facto, que é o facto principal futuro, que os conspiradores almejam, mediante a emissão de um juízo de prognose.

A segunda opinião é também criticável, pois seria um dolo referido a um acontecimento futuro. Ora, não há “*dolus subsequens*”; correr-se-ia o risco de distorção na transição para o crime principal.

Assim, a terceira é a maneira de ver mais acertada. Na conspiração, JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS reafirma que tudo é subjectivo. Há uma acção típica, descrita no n.º 3 do art.º 239.º, constituída pela manifestação de um desejo, de uma intenção, e a repercussão da dita exteriorização na vontade de outros²¹¹⁻²¹². A manifestação de vontade e a decisão subsequente que provoca — o resultado da conspiração — estão dirigidas à realização do crime principal

²⁰⁹ V. VICTOR MANUEL AMAYA GARCÍA, *Coautoria...*, pgs. 156, 268-269. Sobre o elemento subjectivo da co-autoria, v. CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Traducción de la septima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000, pgs. 316 ss.; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pgs. 378-383.

²¹⁰ Elementos do dolo são i) o elemento intelectual ou cognitivo: o conhecimento dos elementos objectivos do tipo legal de crime: conhecimento dos elementos descritivos e normativos; ii) o elemento volitivo: a vontade, conteúdo da vontade.

²¹¹ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 135.

²¹² É uma influência psicológica mútua entre todos e cada um dos membros do acordo de conspiração.

projectado, de tal modo que aquela manifestação de vontade, na forma de acordo, há-de abarcar todos os elementos do crime, ou seja, o conteúdo do dolo de conspiração abarca todos os elementos essenciais do crime principal, que hão-de estar suficientemente concretizados²¹³.

Assim, o dolo de conspiração é formado pelo conteúdo do dolo do crime principal e o da consciência por parte de todos e cada um dos participantes de que é o desejo comum de atentar contra o bem jurídico protegido no tipo legal de crime principal o que se acabou de decidir. O acordo de conspiração é essencial no momento da decisão do ilícito do crime projectado de todos e cada um dos conspiradores. Este é o núcleo da conspiração²¹⁴.

O dolo do crime principal é relevante no crime de conspiração.

Não tem sentido falar num dolo específico de conspiração, no sentido de exigir que quem haja decidido pelo ilícito do crime projectado não tem sentido²¹⁵.

Não se deve confundir a conspiração com o dolo do “*iter criminis*”. Na conspiração, exige-se o mesmo dolo que na execução; a única diferença é a de que o dolo do crime principal originou-se e exteriorizou-se num momento anterior ao da execução.

2.1.1 A possibilidade de dolo eventual

Será que é admissível o dolo²¹⁶⁻²¹⁷ eventual²¹⁸ na conspiração?

²¹³ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 135.

²¹⁴ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 135.

²¹⁵ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 136.

²¹⁶ A classificação tradicional distingue entre dolo directo, dolo necessário e dolo eventual. Esta classificação não diz apenas respeito ao elemento volitivo (TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º vol., pg. 202).

²¹⁷ O acordo de conspiração pode abarcar o dolo do crime principal de forma directa (primeiro grau), com o “*recurso industrioso do pensamento*” (na expressão de ÉSQUILO. É o caso usual: os celebrantes do acordo especificam o crime principal minuciosamente, como objectivo final do acordo de conspiração, em que os conspiradores planeiam o delito principal minuciosamente, como objectivo final do seu acordo de conspiração (JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 137).

²¹⁸ O n.º 3 do art.º 14.º do CP refere: “*Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.*”

Sobre a distinção entre dolo eventual e negligência consciente, existem as teorias da vontade e da representação (ESER / BURKHARDT, *Derecho Penal...*, pgs. 157 ss.).

a) As teorias da vontade têm como denominador comum o conhecimento e vontade de realização do facto típico, tendo as seguintes variantes:

a1) A teoria do consentimento, propugnada pela Jurisprudência alemã: no elemento cognoscitivo, o agente deve considerar ser possível a realização do facto típico; no elemento volitivo, é necessário que aceite juridicamente essa realização.

a2) A teoria da vontade, propugnada pela maioria da Doutrina alemã: o autor deve crer seriamente possível e deve-se conformar com a produção do facto típico.

a3) A teoria da indiferença, tendo como subvariantes a teoria de ENGISCH (a indiferença como exigência adicional) e as teorias unificadoras.

b) As teorias da representação têm como denominador comum o critério decisivo de delimitação ser unicamente o elemento cognoscitivo. Tem as seguintes variantes:

Poder-se-ia pensar que seria possível o dolo eventual, aplicando a norma da Parte Geral (art.º 14.º, n.º 3) como complemento da Parte Especial.

Contudo, não parece que a lei se conforme que os conspiradores se hajam decidido pela possível lesão do bem jurídico — exige-se um “*plus*”, devido à contundência da redacção: a decisão da execução deve ser tomada como definitiva e firmemente querida pelos conspiradores.

JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS prescinde da modalidade do dolo eventual, pois, dada a configuração deste, na qual falta a consciência certa e

b1) Teoria da probabilidade. Existem duas versões:

b1’) uma versão lida com um conceito de probabilidade comparativo: se a ocorrência do facto é mais provável do que a sua não realização, existirá dolo eventual; no caso contrário, existirá negligência;

b1’’) uma segunda versão considera que o agente deve considerar mais provável a produção do resultado; a probabilidade deve ser algo mais do que uma mera possibilidade, mas algo menos do que uma probabilidade elevada.

b2) Teoria da probabilidade: existe dolo eventual quando o agente tem, ao menos, uma consciência incerta sobre a realização do facto.

b3) Teoria normativa do risco (esta teoria é, por vezes, autonomizada). O agente deve partir não só de um perigo concreto para o bem jurídico, mas também de um perigo relevante para o Direito Penal. São considerados três factores relevantes: o grau de probabilidade de lesão para o bem jurídico, o alcance do bem jurídico afectado e a utilidade social do comportamento perigoso). Assim, é necessário o reconhecimento tanto de um risco não permitido, como de um risco não controlado.

Existe ainda a teoria das diferenças estruturais entre dolo e negligência, próprio da Escola Finalista. ARMIN KAUFMANN parte da acção final como protótipo do dolo (a vontade activa); KINDHAÜSER parte do conceito teleológico de acção, considerando o erro sobre a capacidade preventiva do sujeito e da evitabilidade do resultado.

Outras formulações são as de STRATENWERTH (a consideração como sério do risco do resultado); a formulação de ROXIN (a decisão pela lesão de bens jurídicos).

MARIA FERNANDA PALMA prefere não demonstrar “*uma distinção qualitativa entre graus de culpa (...), mas, pelo contrário, (...) confundir a essência normativa do dolo (a consciência de ilicitude) com a essência do próprio juízo de culpa.*”²¹⁸. Analisando os casos da menina da barraca de tiro, dos mendigos russos (*Bettlerfall*) (*Distinção entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal. Justificação de um critério da “vontade”*, Lisboa, 1981, pgs. 185 ss.), das correias de couro (*Lederrimanfall*) ou do cinturão; de um caso da Jurisprudência inglesa citado por KENNY, é então defendida a relevância de um elemento volitivo no dolo (“*Distinção entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal. Justificação de um critério da “vontade”*”, Lisboa, 1981, pg. 199), rejeitando a autonomização do critério emocional do dolo. Por outro lado, “*As ideias de intenção ou de acção final (...) só devem definir o dolo como “conceitos abertos”*” (“*Distinção entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal. Justificação de um critério da “vontade”*”, Lisboa, 1981, pg. 201). Numa lógica de aproximação ao caso concreto e da “*vinculação da distinção a dados pré-jurídicos*”, é necessário partir de casos diferenciados:

1 e 2 - Casos de desproporção manifesta entre a motivação da acção e o resultado típico (ou inversamente ou casos de falta de relação directa (causal) entre o risco para o bem jurídico e a motivação da conduta (ou inversamente). Nestes casos de falta ou não de estrutura intencional, a lógica do risco é ultrapassada pela lógica do desejo (casos *Lacman* e da jurisprudência inglesa (citado por KENNY)).

3 - Casos de incerteza quanto à relação entre o risco e a motivação (a situação externo-objectiva não pode desfazer as dúvidas sobre o carácter intencional do comportamento do agente).

4 - Casos de tipos de crimes, a cuja descrição pertence uma certa qualidade o ofendido. Nestes casos, na conduta intencional, não há a separação entre o estado cognitivo e a volição (apenas podem ser desunidos para efeitos analíticos).

5 - Casos do direito penal secundário.

V., entre nós, os trabalhos de MARIA FERNANDA PALMA, nomeadamente *Distinção entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal. Justificação de um critério da “vontade”*, Lisboa, 1981; *Dolo Eventual e culpa em Direito Penal*, in *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Colóquio Internacional de Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa, 17 e 18 de Março de 2000, coord. de Maria da Conceição Valdágua, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2002, pgs. 47-67; *A Vontade do Dolo Eventual in Estudos em Homenagem à Professora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pgs. 795-833.

segura de que o resultado do crime principal se venha a produzir, não se encaixa no dolo de conspiração²¹⁹.

Seguindo de perto a opinião de RUI PEREIRA²²⁰, o art.º 14.º constitui uma norma interpretativa da Parte Especial, no sentido de que todos os crimes dolosos nesta tipificados podem ser praticados através de qualquer das modalidades de comportamento assinaladas como dolosas por essa norma.

Qualquer crime doloso da Parte Especial pode expressar uma ou algumas daquelas formas de conduta, não sendo, no entanto, indispensável que todas essas formas correspondam às possibilidades de preenchimento de todos os tipos de crime: depende da descrição da conduta típica a admissibilidade das diversas modalidades de dolo.

No relacionamento entre a Parte Geral e a Parte Especial, a primeira opera uma condensação de princípios racionais de determinação da responsabilidade. A Parte Geral deve conter uma orientação sistemática válida para a Parte Especial²²¹⁻²²².

Não se pode afirmar que qualquer crime doloso, sem excepção, admita a possibilidade de preenchimento do respectivo tipo subjectivo através de todas as modalidades de dolo, enunciadas na Parte Geral.

O art.º 14.º carrega uma pretensão disciplinadora da interpretação da Parte Especial, na qualidade de afloramento do princípio da culpa²²³, impondo ao intérprete uma determinada metodologia, no âmbito da subsunção de comportamentos aos tipos de crime²²⁴.

O conceito legal de dolo implica, como norma orientadora do intérprete, que qualquer crime doloso previsto na Parte Especial expresse, pelo menos, alguma ou algumas das formas de conduta nele previstas. O que não exige, porém, é que todas elas correspondam, simultaneamente, às possibilidades de comissão de todos os crimes, cuja concreta configuração depende da descrição da conduta típica (e, designadamente, da inclusão no seu âmbito de elementos subjectivos especiais da ilicitude)²²⁵.

Ora, o sentido redacção do n.º 3 do art.º 239.º, ao preceituar “o acordo”, requer que este seja tomado como definitiva e firmemente querido pelos conspiradores.

Em conclusão, prescinde-se da modalidade do dolo eventual, na qual falta a consciência certa e segura de que o resultado do crime principal se venha a produzir.

²¹⁹ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 138.

²²⁰ RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, pgs. 83-97.

²²¹ RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, pg. 83.

²²² A inexistência de uma rígida submissão da Parte Especial à Parte Geral é patenteada pelo facto de, na sua Parte Especial, o CP introduzir figuras e regimes que rompem com os genericamente previstos na Parte Geral (RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, pg. 84) (por exemplo, no erro sobre a idade de ofendida, não se aplica art. 16.º e 17.º).

²²³ RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, pg. 86.

²²⁴ RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, pg. 87.

²²⁵ RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, pg. 132.

§ 6.^a

1. A dimensão dogmática da ilicitude, segundo alguns Autores, só ganha verdadeira ressonância a acuidade na parte especial dos códigos penais, pois é aí que ela se confronta com as reais tensões jurídicas impostas pela natureza do bem jurídico-penal que se quer proteger²²⁶.

É acentuado, no caso do acordo, o desvalor da acção.

2. Correlativamente à culpa, o indivíduo é corruptível²²⁷⁻²²⁸.

O acordo é um comportamento prenhe de sanção valorativa, com suficiência ofensiva, perversidade valorada pela ordem jurídica, que se expressa no “*dolose agere*”²²⁹.

A culpa advém da preparação minuciosa do crime de genocídio.

3. Relativamente à consumação, quando a conjura e os actos preparatórios são incriminados (fases anteriores ao crime consumado), são elas próprias crimes consumados²³⁰⁻²³¹.

O tipo legal de crime basta-se com a simples consumação formal, com o preenchimento de todos os elementos que constituem aquele tipo; verifica-se antes da consumação material

A consumação da conspiração ocorre quando os autores hajam realizado todas as características do tipo (objectivo e subjectivo), ou seja, quando se chega ao acordo unânime de vontades dos conspiradores sobre a execução do crime principal²³². Este acordo constitui o resultado da conspiração.

O problema da perfeição da declaração de vontade criminosa é o de saber quando se consuma.

Quanto dois sujeitos estão no mesmo local, não existe problema. Quando estão em sítios díspares, a solução é a de considerar que a perfeição tem lugar, não no momento em que cada um dos concertados se decide que execute o crime, mas no momento em que os concertados têm conhecimento da aceitação da realização do plano criminal pelos restantes (situação análoga à que ocorre no Direito Civil, com a perfeição do contrato entre ausentes)²³³.

²²⁶ Introdução do Decreto-Lei n.º 400/92, de 23 de Setembro, considerando 14.

²²⁷ Sobre a culpa, entre nós, v. FIGUEIREDO DIAS, capítulo décimo de *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 5.ª ed., Coimbra Ed., 2000, e *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, 2.ª ed., Coimbra Ed., 1995.

²²⁸ Na síntese de FIGUEIREDO DIAS, em *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, no posfácio da segunda edição (pg. 259), o homem tem de se decidir a si e sobre si, sem que possa furtar-se a tal decisão: neste sentido o homem dá-se a si mesmo, através do que MAX MÜLLER chama a «opção fundamental», a sua própria conformação.

²²⁹ Cfr. FÁRIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 476.

²³⁰ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral. I. A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Editorial Verbo, 4.ª ed., 1996, pg. 426.

²³¹ Segundo FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, o conceito de consumação: tem sempre uma natureza formal, por imposição do princípio da tipicidade, identificada com a plena realização de todos os elementos constitutivos de um tipo descrito na lei. Pode acontecer esse tipo incluir ou não a identificação de um evento danoso que se pretende evitar.

²³² JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 185.

²³³ PUIG PEÑA, *Conspiración*, pg. 208.

Deste modo se permite afirmar que a consumação da conspiração se produz num momento anterior ao momento do crime principal. Embora teoricamente ao acordo se possa seguir a prática do genocídio, na prática, devido a normalmente ser um crime pensado, o acordo é realizado num momento mais distante relativamente ao crime principal de referência.

§ 7.^a FORMAS ESPECIAIS DE APARECIMENTO DO CRIME

§§ 1.^a OUTRAS CONDIÇÕES DE PUNIBILIDADE

1. Desistência

Em caso de intervenção de várias pessoas no facto, a desistência²³⁴, sendo uma causa pessoal de levantamento da pena, só deixa sem castigo o interveniente que desistiu, não os demais, que merecem a punibilidade.

1.1 A desistência relevante do crime apresenta especificidades, devido à estrutura do crime, sobretudo no que toca à desistência exclusiva da conspiração. É o problema da dissociação do concerto criminoso²³⁵.

Alguns Autores negam a possibilidade de desistência. Consumada e esgotado no momento da unanimidade do acordo e da firmeza da resolução, este acto seria suficiente para a imposição de uma pena aos conspiradores. O que depois sucedesse seria irrelevante.

Mas este resultado não seria satisfatório — seria mesmo funesto —, do ponto de vista político-criminal²³⁶, pois o conspirador-autor e o conspirador-instigador não encontrariam estímulo suficiente para evitar a produção do resultado final. Quem sabe que vai ser condenado é indiferente ao facto de ser numa pena máxima de vinte e cinco ou numa pena máxima de apenas cinco anos.

Os resultados satisfatórios de Política criminal são os de colocar o centro de gravidade na possibilidade de o desistente poder continuar a actuar; até ao momento de consumação do crime principal proposto.

As soluções adoptadas divergem:

²³⁴ Ao contrário, não existe tentativa de conspiração, que chocaria com a própria natureza desta, de consumação instantânea (JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 141).

²³⁵ V. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pgs. 73-75.

²³⁶ V. JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 195.

Segundo alguns, basta adoptar uma resolução contrária àquela que ligou ao empreendimento (FERRER LAMA). Bastando para ser punido por um dos factos incriminados na Parte Geral (como a conspiração) uma resolução para o cometimento de um crime, não sendo necessária a sua execução, de igual forma não deveria a lei exigir senão apenas uma diferente resolução, de sentido contrário à primeira, para reconhecer a impunidade do desistente, não obstante a execução do facto projectado pelos outros intervenientes²³⁷.

Outros argumentam desfavoravelmente, pois o propósito de dissolução do pacto criminoso não era realizado, a não ser que, pelo menos, tal decisão de renunciar ao envolvimento no facto fosse comunicada aos demais agentes, de modo a tentar-se, assim, frustrar a execução do delito projectado (PUIG PEÑA, JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS).

a) Primeiro, o agente deve renunciar ao desempenho do papel do acordo de conspiração.

Se não se lhe for reservado nenhum papel no desenvolvimento do tipo, será necessária a exteriorização da sua renúncia ao autor principal, única maneira de evitar a produção do resultado.

b) Alguns Autores, identificando os factos em causa com uma particular forma de perigosidade pelo envolvimento de diversas pessoas, defendem a presença adicional de outro(s) requisito(s), havendo variantes:

b1) A necessidade de comunicar aos restantes conspiradores, com o objecto de iniciar um novo intento de produção do resultado principal²³⁸.

b2) É necessário, pelo menos, a constância da resolução aos demais conjurados, ou a realização de actos concludentes (*facta concludentia*), demonstrativos de forma inequívoca da sua mudança de vontade²³⁹.

b3) Identificando os factos em causa com uma particular forma de perigosidade pelo envolvimento de diversas pessoas, alguns Autores chegam à exigência de o desistente anular ou tornar ineficaz o contributo que prestou.

b4) Alguns cumulam a última exigência com o esforçar-se na medida do possível para evitar a execução do facto planeado. Entre nós, este resultado seria coadjuvado por o art.º 25.º, relativo à desistência em caso de comparticipação criminosa, aplicável nesta sede por analogia²⁴⁰, prescrever o esforço sério (para além de o art.º 25 e do n.º 1 do art.º 24.^{o241} exigirem a não consumação do “*resultado não compreendido no tipo de crime*”²⁴², que se reporta, em geral, aos crimes de consumação antecipada, como os perigos de perigo²⁴³).

²³⁷ Apud FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 74.

²³⁸ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 209.

²³⁹ PUIG PEÑA, *Conspiración*, pg. 210.

²⁴⁰ Um sector doutrinal minoritário na Doutrina alemã (JAKOBS, MAURACH, SCHMITT) defende que a analogia não é proibida na Parte Geral.

²⁴¹ Dada a equiparação funcional dos conceitos nos art. 24.º e 25.º, inculcando um sentido não só formal mas também material, reportado à efectiva lesão do bem jurídico em perigo (FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 46).

²⁴² A consumação material, esteja ou não descrita no tipo de ilícito, ocorre com a afirmação de uma lesão irreversível do bem jurídico protegido (FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 48).

²⁴³ Bem como aos crimes de intenção e aos crimes de empreendimento.

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO não concorda com a última exigência²⁴⁴. Admitindo que a posição mais moderada (que se basta com uma mudança de atitude ou uma resolução contrária à anterior) não satisfaz por ser previsivelmente nulo o seu efeito desmotivador sobre os demais intervenientes, em nada contrariando então a perigosidade decorrente dos factos praticados; as condições traçadas constituem uma severa limitação às possibilidades de uma dissociação relevante do facto projectado: a dissociação de um facto que consiste numa forma antecipada de intervenção penal, que supõe ainda uma ulterior progressão lesiva, distante, portanto, da lesão efectiva dos bens jurídicos tutelados e da própria tentativa²⁴⁵. Deve existir de um nexo relacional entre o contributo lesivo e a intensidade da exigência que condiciona a dissociação relevante do agente.

Por outro lado, o art. 25.º não se pode aplicar nos limites da sua literalidade e amplitude material²⁴⁶. Assim, em situações de envolvimento em actos preparatórios, mesmo se excepcionalmente puníveis (aplicável, pois, “*a fortiori*”, ao caso do acordo com vista à prática de genocídio), não é de invocar, pelo menos por aplicação directa, o regime do artigo 25.º²⁴⁷; o envolvimento de outros agentes para além do autor não gera situações típicas de comparticipação: estas exclusivamente moldadas sobre a existência de uma execução²⁴⁸.

2. Correlativamente à prescrição, os crimes contra a Humanidade são imprescritíveis, uma vez que são crimes de poder; de outro modo, haveria a possibilidade de o Estado fazer furtar o agente à acção penal.

A imprescritibilidade do genocídio tem que ver com o facto de, no segundo pós-guerra, se ter declarado a sua imprescritibilidade (art.º 30.º do ER), dado serem crimes de poder.

Em todos estes casos, utilizando uma expressão de FINCKE, o “centro da ilicitude” encontra-se fora da descrição legal do crime e é por referência a ele que se deve ponderar a utilidade político-criminal da desistência (FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 51). Daí a criação de um “centro de ilicitude imaginado”, através de uma formulação genérica, válida para qualquer tipo da Parte Especial (FINCKE apud FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 52).

Segundo FIGUEIREDO DIAS, é o resultado que interessa à valoração do ilícito por directamente atinente aos bens jurídicos e à função de protecção da norma.

Exige-se, pois, em concreto, uma actividade interpretativa referenciada ao bem jurídico de cuja tutela é expressão, devendo esse resultado a evitar não estar já valorado no tipo de ilícito, caso em que já fará então parte do tipo e é evitado pelo impedimento da consumação, embora possa ou não integrar a descrição do tipo de garantia. Fundamental é que a acção dos agentes tenha apenas produzido o “máximo de perigosidade concreta” tolerável pelo legislador no quadro das valorações da norma em causa, de forma a não tornar inútil, do ponto de vista de tutela dos bens jurídicos ameaçados, o retrocesso da agressão (FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 46).

²⁴⁴ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 75.

²⁴⁵ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 75.

²⁴⁶ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 39.

²⁴⁷ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 39.

²⁴⁸ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 39.

§§ 2.^a PARTICIPAÇÃO NA ACÇÃO DE CONSPIRAÇÃO

Sendo um crime de comparticipação necessária, como refere FIGUEIREDO DIAS²⁴⁹, os problemas em matéria de modalidades de autoria são simplificados²⁵⁰. O que se verifica são actuações paralelas, não casos de co-autoria²⁵¹.

Os problemas existem em relação à participação eventual de outros agentes em crimes de participação necessária²⁵². O “*acordo com vista à prática de genocídio*” abarca as formas distintas de participação?

1. Uma opinião afirmativa consideraria que, formalmente não há obstáculos: aplicar-se-iam as normas da Parte Geral, pelo que haveria a participação na formação do acordo.

Nos actos preparatórios, cabem perfeitamente formas participativas, já que são crimes autónomos, “*sui generis*”, de estrutura legal igual a qualquer outro tipo da Parte Especial.

A Doutrina alemã tende a admitir a participação nos actos preparatórios, a possibilidade de punibilidade como participante (BAUMANN / WEBER, WOLTER).

A comparticipação é determinada pela estrutura subjectiva dos tipos legais.

Nada obsta às formas de comparticipação dos crimes de perigo abstracto, nomeadamente de actos preparatórios punidos autonomamente²⁵³. Na perspectiva de crime plurissubjectivo, entre nós, a instigação é possível, no caso da participação em rixa²⁵⁴⁻²⁵⁵.

Não existe inconveniente dogmático para admitir a participação na conspiração.

2. Uma opinião em sentido negativa consideraria os argumentos referidos de seguida:

2.1 Sendo um crime de participação necessária, o acordo seria uma norma especial, que afasta a aplicabilidade das normas gerais;

²⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, *As «Associações Criminosas»...*, pg. 65.

²⁵⁰ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO admite poder haver co-autoria e autoria mediata (*Direito Penal I. Sumários*, AAFDL, 1996-97, pg. 171)

²⁵¹ Também para o crime de rixa, FREDERICO ISASCA, *Da participação em Rixa...*, pg. 80.

²⁵² Ou seja, outros agentes que participem por outro título, como instigadores ou cúmplices, embora não nomeados expressamente como essenciais à incriminação (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, pg. 500).

²⁵³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Os crimes de perigo...*, pg. 279.

²⁵⁴ FREDERICO ISASCA, *Da participação em Rixa...*, pg. 80.

²⁵⁵ Em relação ao crime do art.º299.º, v. FIGUEIREDO DIAS, *As «Associações Criminosas»...*, pg. 66.

Nos crimes de convergência, todos os colaboradores convergentes são puníveis só como autores e não como participantes²⁵⁶. A possível participação nos crimes de convergência encontra-se fora da relação típica de convergência²⁵⁷.

Não cabe distinguir autor e participante, nos casos que preparam a execução, pois tanto prepara quem realizará a conduta principal, como quem o ajuda; não há diferentes modalidades.

2.2 Segundo o argumento da inexistência de preceitos sancionadores, existiria a impossibilidade de participação, dado que o legislador teria feito a escolha do tipo, sendo uma presunção inilidível de não aplicação da Parte Geral, (pois esta não tem de se projectar totalmente na Parte Especial).

2.3 Num terceiro argumento, valeria a aplicabilidade do princípio da excepcionalidade da punição dos actos preparatórios.

Segundo a opinião de FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO²⁵⁸ em relação a actos preparatórios, a excepcional punibilidade dos actos preparatórios circunscreve-se ao seu autor.

Os alargamentos de punibilidade consistentes na punição excepcional de actos preparatórios, enquanto soluções pontuais detectáveis na Parte Especial, só valem nos estritos limites deste contexto punitivo, ou seja, para o autor que preenche directamente tais normas.

A responsabilidade de outros comparticipantes, concretamente cúmplices e instigadores, significaria uma nova extensão injustificada sobre outros sucessivos alargamentos da punibilidade, pois a conduta não é por si lesiva dos bens jurídicos tutelados pelo sistema penal²⁵⁹.

Não se pode reconhecer qualquer efeito de genérico alargamento das figuras comparticipativas da Parte Geral, pois isso equivale a atribuir a tais ampliações excepcionais um significado que não têm na sua origem e a sobrepô-las à modelação típica das normas gerais que delimitam a comparticipação criminosa.

Ao que acresce, ainda, não estarem os actos preparatórios rigorosamente tipificados na Parte Geral ou Parte Especial do Código, o que gera uma severa imprecisão interpretativa destas normas contendente com as exigências da tipicidade, particularmente potenciada tratando-se de condutas de participação²⁶⁰.

2.4 Um argumento a considerar é o da falta de facto principal. RODRÍGUEZ MOURULLO nega a cumplicidade na conspiração, pois, ao contrário daquela, falta a execução do facto.

Não cabe participação, devido à distância do crime principal; só o autor da conduta é penalmente relevante, sendo a conduta do participante juridicamente irrelevante. O Legislador não distingue entre autor e participante na Parte Especial.

²⁵⁶ MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 402.

²⁵⁷ MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 402.

²⁵⁸ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pgs. 286-287, 39.

²⁵⁹ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 286.

²⁶⁰ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pgs. 286-287.

Este resultado seria coadjuvado pelo princípio da intervenção mínima do Direito Penal (art.º 18.º, n.º 2, da Constituição).

2.5 Utilizando o n.º 2 do art.º 239.º, se se incrimina o incitamento ao genocídio, “*a contrario*” excluir-se-ia a possibilidade de participação, a título de extensão da tipicidade.

2.6 Segundo JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, a conspiração encontra-se entre os tipos que exige algo de especial entre os factores dirigidos à lesão do bem jurídico.

Conspiração é um acordo totalmente livre entre várias pessoas, que há-de produzir como resultado uma resolução unânime de execução do crime, em virtude da influência mútua operada²⁶¹. Chega-se a acordo porque cada um se sente apoiado por todos e cada um deles. Se em algum decaí a vontade, decaí também a vontade dos restantes; o plano não será prosseguido.

Cada um é peça indispensável do plano total, daí a impossibilidade de estimar instigação²⁶².

Quanto à cumplicidade, não se pode dizer que toda a ajuda prestada por terceiros haja sido causal para a lesão do bem jurídico protegido, nem que haja aumentado o risco de produção da mesma²⁶³. Assim, não se pode afirmar a cumplicidade na conspiração, que tenha sido causal para o resultado a que esta se dirige, nem que haja contribuído para a produção da lesão.

A impunidade da cumplicidade na conspiração baseia-se na noção de conspiração que adopta (acordo baseado apenas na influência mútua entre os participantes do mesmo).

3. Seguimos o entendimento de que as regras gerais sobre comparticipação são supletivas — aplicam-se quando compatíveis com a índole daquele tipo de participação necessária. Embora compaginada com os limites típicos e valorativos do sistema de comparticipação²⁶⁴, a possibilidade de aplicabilidade das regras gerais da comparticipação eventual ou facultativa aos crimes de participação necessária é um problema a resolver na Parte Especial. A aplicabilidade tem lugar quando não seja afastada pela regulamentação específica de cada crime de participação necessária, em razão da similar matéria de facto.

Com efeito, a especificidade das incriminações afasta frequentemente a aplicação de normas directamente previstas para a comparticipação, as quais só são aplicáveis quando compatíveis com a estrutura e natureza do crime. São apenas aplicáveis, enquanto integrem o conteúdo da própria incriminação, como supletivas²⁶⁵.

O facto de terem de ser vários os agentes é um elemento típico limitativo da aplicação, sem mais, da regras da Parte Geral.

Contudo, a Parte Geral cumpre uma função de apoio, perante o carácter fragmentário dos tipos individualizados no Direito Penal Especial²⁶⁶. Mais: a

²⁶¹ JUAQUÍN CUELLO JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 48.

²⁶² JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 48.

²⁶³ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 50.

²⁶⁴ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 159.

²⁶⁵ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, pg. 500.

²⁶⁶ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 53.

“função correctora” da Parte Geral para suprir lacunas da Parte Especial²⁶⁷ não deixa de ser aplicável:

Os participantes são criminalmente responsáveis por contribuírem para o facto ilícito praticado pelo autor, contrariando, assim, não as proibições implícitas nas normas da Parte Especial, que tutelam bens jurídicos violados pela conduta do autor, mas sim aquelas decorrentes dos artigos 26.º *in fine* e 27.º, n.º 1²⁶⁸:

A responsabilidade dos participantes está dependente dos requisitos tipificados na lei quanto à sua própria conduta, por um lado, e de certas características do facto principal, por outro²⁶⁹.

3.1 Cabe instigação à conspiração?

Como foi referido, JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS não admite a instigação, atendendo à ideia de conspiração como instigação mútua²⁷⁰.

Diremos que, em alguns casos, haverá uma absorção da instigação pela autoria; estão abrangidos. Por exemplo, o agente, instigando outros, também participa no acordo; é punível como autor (1.ª proposição do art.º 26.º do Código Penal, que prevalece sobre a instigação (4.ª proposição do art.º 26.º), mediante uma relação de subsidiariedade implícita. Já não assim noutros casos, em que, por exemplo, instiga e vai-se embora.

No primeiro caso, como conduta dolosa, a tipicidade da instigação pode estender-se a todos os elementos do tipo de crime da Parte Especial. A conduta mencionada corresponde à ideia de determinar outra pessoa à prática de um facto ilícito perigosidade (FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO²⁷¹), do incremento do risco “*ex ante*”, de que a acção elimine as inibições do autor, determinando a sua adopção e posterior execução de uma resolução criminosa²⁷²-²⁷³.

²⁶⁷ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 246.

²⁶⁸ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 284.

²⁶⁹ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 284.

²⁷⁰ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS *La Conspiración...*, pg. 48.

²⁷¹ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência...*, pg. 284.

²⁷² M.ª DEL CARMEN GOMÉZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, tirant to blanch, Valencia, 1995, pg. 176.

²⁷³ A instigação constitui uma motivação dolosa de outro ao facto de cometer dolosamente um crime.

Segundo SCHULZ, o instigador deveria possuir o domínio do plano; contrariamente a MAURACH / GÖSSEL / ZIPF (*Derecho Penal...*, pg. 436), que argumentam que, com o domínio do plano, seria possível extrair um elemento essencial fundante da co-autoria.

No complexo global da instigação, os elementos objectivos da instigação são “determinar”, exigindo exige uma influência dirigente sobre a conduta, que proporciona a quem não se encontra resolvido a cometer o crime, a decisão de fazê-lo; determinar pressupõe a concreção do facto; instigar a uma determinada lesão típica de um bem jurídico; a exortação genérica de cometer crimes não é suficiente; tal como não é o mero apelo a instintos criminais, nem o chamado “cuidar do seu próprio benefício”.

Só é possível falar em determinação quando a acção de instigação haja provocado a resolução criminosa do instigado. O instigador deve haver dado o tempo necessário para adopção e realização da dita resolução. A acção de instigação não necessita de ter sido a única condição para a resolução do autor, nem se exige que a acção se deva exercer face a um agente originariamente indiferente ou mesmo contrário. Objecto idóneo da instigação é também aquele que, no início, se encontrava propenso ao facto e que só esperava o impulso decisivo; existe instigação quando aquele que se oferecia para executar o facto

Existe ainda a possibilidade de preenchimento do tipo legal de incitamento (art.º 239.º, n.º 2), se o agente o fizer “*pública e directamente*”.

3.2 Resta averiguar a cumplicidade²⁷⁴.

A cumplicidade, tanto na forma material como na psíquica, é possível, atendendo à interpretação do tipo da conspiração (acordo livre e voluntário para lesionar o bem jurídico).

O cúmplice presta, dolosamente e por qualquer forma, auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso; o referido participante tem total liberdade dos meios.

Por exemplo, no primeiro caso, oferece a casa para os conspiradores se reunirem; ou aceita levar algum dos conspiradores e não adere ao acordo.

No segundo caso, o reforço da decisão criminosa, a estabilização desta, segundo CLAUS ROXIN; é causal, pois oferece um motivo adicional para cometer o crime ou lhe dissipa as últimas dúvidas respeitantes à decisão criminosa.

Os fundamentos da participação²⁷⁵ coadjuvam estas asserções.

§§ 3.ª RELAÇÃO DE CONCURSO

§§§ 1.ª DINÂMICA

recebe a promessa da recompensa exigida, pois só nesse momento se intensifica a tendência latente à resolução criminosa (MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 438).

Não é objecto idóneo o autor que, antes da aparição do agente que irá instigar, se encontrava decidido a causar a lesão típica concreta do bem jurídico, com todos os elementos objectivos e subjectivos (o “*omnimodo facturus*”); nestes casos, decai a responsabilidade por instigação.

Mas já existe responsabilidade jurídico-penal por instigação quando o instigador incrementa relevantemente a resolução criminosa do autor ou a modifica materialmente.

Sobre a tipicidade objectiva da instigação, v. M.ª DEL CARMEN GOMÉZ RIVERO, *La inducción...*, pg. 172.

²⁷⁴ O art. 25.º, al. c), do ER preceitua:

“*Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:*

(...)

c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática”.

²⁷⁵ a) Teoria da corrupção ou da culpa, teoria da participação na culpa (“*Sculdteilnahmetheorie*”);

b) Teoria da participação no ilícito (“*Unrechtsteilnahmetheorie*”);

c) Teoria da solidariedade com o ilícito alheio;

d) Teorias da causalidade:

d1) Teoria pura da causalidade (“*Die reine Verursachungstheorie*”);

d2) Teoria da causalidade orientada para a acessoriedade;

d3) Teoria do ataque acessório ao bem jurídico.

Iniciada progressão criminal, a conspiração pode ter vários desfechos:

1) a não execução do crime principal, isso é não ser executado qualquer acto executivo de genocídio;

2) a tentativa do crime genocidário (principal) (artigos 22.º, 26.º do Código Penal);

3) a consumação do crime genocidário.

Com a consumação, o crime realiza-se completamente; o “*iter criminis*” finda.

Nestes dois últimos, ocorre a transformação dos conspiradores em participantes. Do ponto de vista dos sujeitos, há uma mudança de papéis: as mesmas condutas, que não poderiam ser encaradas como de autoria ou de participação, passam a converter-se em acções participativas. Pode existir:

— co-autoria dos vários intervenientes no acordo;

— a prática de um facto principal por um ou vários agentes e, por parte de outro ou outros, participação (instigação²⁷⁶ ou cumplicidade²⁷⁷).

Os crimes contra a humanidade em sentido lato e o genocídio em particular patenteiam particularidades na aplicabilidade dos títulos participativos, nomeadamente no que tange à autoria mediata.

§§§ 2.ª CONCURSO

²⁷⁶ Os elementos objectivos da instigação são: determinar, exigindo uma influência dirigente sobre a conduta, que proporciona a quem não se encontra resolvido a cometer o crime, a decisão de fazê-lo; pressupõe a concreção do facto; instigar a uma determinada lesão típica de um bem jurídico; a exortação genérica de cometer crimes não é suficiente; tal como não é o mero apelo a instintos criminais, nem o chamado “cuidar do seu próprio benefício”.

No complexo global da instigação, o instigador leva o autor a decidir-se pela comissão de um crime; essa instigação é essencial, é uma causa essencial para que o autor se decida a cometer um crime (TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º vol., pg. 419). Há casos excluídos da instigação (v. MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 438), por exemplo, se o agente estava resolvido a cometer o genocídio.

Deste modo, não há obstáculo a considerar punível a instigação.

²⁷⁷ Ao contrário do instigador, o cúmplice não tem uma actuação decisiva para que o autor se decida a cometer o crime. O cúmplice apenas fortalece a decisão do autor.

A cumplicidade material consiste na ajuda para a execução do crime; ao passo que a cumplicidade moral implica apoio psíquico. O conselho técnico para o autor para facilitar a execução do crime é um dos casos de cumplicidade (M.ª CARMEN LÓPEZ PEREGRIN, *La complicidad en el Delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pg. 311).

Sobre a cumplicidade, v. a monografia de LÓPEZ PEREGRIN, *La complicidad en el Delito*.

Sobre o grau de influência da cumplicidade, há várias teorias:

a) A teoria causalista, de JESCHECK, perfilhada, entre nós, por FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (mais antigas, as teorias da cumplicidade como contribuição causal (MEZGER e a causalidade concreta).

b) Outras tentam dar a definição da cumplicidade à margem da causalidade: a Jurisprudência alemã e a fórmula do “*Förderung*”; a teoria do favorecimento;

c) Um sector minoritário da teoria tradicional nega a exigência de causalidade: (HAUPT, ZIMMERL e H. MAYER);

d) Outras formulações são a de cumplicidade como crime de perigo (SCHAFFSTEIN e SALAMON); a cumplicidade como crime de perigo abstracto (HERZBERG); a cumplicidade como crime de perigo abstracto-concreto (VOGLER).

O crime de conspiração consuma-se independentemente da prática de qualquer crime visado.

Nos últimos casos referidos, a conspiração desenrola-se com normalidade; o crime planeado, progredindo no “*iter criminis*”, há uma relação de concurso com o crime genocidário principal. Se alguns não celebraram o acordo ou, por hipótese, têm um acidente que os impede de executar o crime, ou se desiste voluntariamente da execução, em relação a eles não há esse concurso²⁷⁸ (por exemplo, na Solução Final do regime nacional-socialista, apenas um grupo pequeno de pessoas da hierarquia militar estava a par do genocídio²⁷⁹).

Importa saber se o concurso é aparente (impuro) ou efectivo. Utilizaremos a metodologia, desenvolvida, entre nós, por EDUARDO CORREIA²⁸⁰.

1. Concurso efectivo — Direito anglo-saxónico

A considerar-se que estamos em presença de objectos, valores e formas de lesão diferentes, o concurso seria efectivo (pluralidade de crimes), devendo entrar no cômputo do ilícito por recurso ao n.º 1 do art.º 30.º do Código Penal.

Na redacção do n.º 3 do art.º 239.º, a medida da pena inculcaria a punibilidade imediata.

No sistema de “*Common Law*”, o agente pode, em princípio, ser acusado de ambas as conspirações e da “*substantive offence*”, em particular se o objectivo da conspiração se estende para além das “*offences*” de facto cometidas.

1.1 A dificuldade real desta opinião é a seguinte: apenas se se considerasse que o bem jurídico protegido é diverso seria uma teoria defensável.

2. Concurso aparente

²⁷⁸ PUIG PEÑA, *Conspiración*, pg. 209.

²⁷⁹ Poucas pessoas no interior do partido nazi tinham sido preparadas em vista da adopção da política de extermínio. O extermínio era quase sempre obra das tropas SS, com autoria mediata de HITLER e de HIMMLER, contra os protestos das autoridades civis e militares (HANNAH ARENDT, *Compreensão e Política e Outros Ensaios. 1930-1954*, trad. de Miguel Serras Pereira, Relógio d'Água, Antropos, Lisboa, 2001).

²⁸⁰ A unidade ou pluralidade de significações, de valores jurídico-criminais negados por um certo comportamento humano fornece o princípio à luz do qual é possível determinar o número de crimes a que tal comportamento dá lugar. A resposta não pode encontrar-se sem previamente fixar qual seja a fonte de conhecimento dos valores específicos, em cuja tutela residem os fins da reacção jurídico-criminal, e à luz dos quais certas condutas humanas e os respectivos sujeitos se deixam classificar como criminosos (EDUARDO CORREIA, *A Teoria...*, pg. 84).

Se a conspiração é bem sucedida e se o crime principal é consumado, o agente é apenas condenado pelo crime principal, não pela conspiração. Estando o objectivo do crime principal atingido, não há razão para punir o agente pela mera resolução criminal, ou mesmo pelos actos preparatórios. O agente apenas pode ser acusado de conspiração que haja sido perpetrada pelos seus co-conspiradores, sem intenção da sua participação directa²⁸¹.

O Direito Continental distingue dois tipos de “*actus reus*”, qualificando dois níveis de “*complot*” ou conspiração: Em sentido amplo, existem dois níveis de “*complot*” ou conspiração. Seguindo um nível crescente gravidade, o primeiro dos níveis diz respeito à mera conspiração (“*le complot simple*”); o segundo nível diz respeito à conspiração seguida de actos materiais (“*complot suivi d’actes matériels*”).²⁸².

A posição do sistema de “*Common Law*” tem sido criticada, lembrando que o que importa não é que a prova haja sido usada duas vezes, mas que a natureza do crime de conspiração é puramente preventiva, incompleta, auxiliar, relativamente ao crime principal, e não tendo verdadeira independência racional se existir o crime completo; assim, a punição não tem justificação.

No acórdão MUSEMA, o TCIR considerou que seria de adoptar a definição de conspiração mais favorável ao arguido; por isso, não o condenando o arguido por genocídio e, simultaneamente, por conspiração com vista ao genocídio, com base nos mesmos actos.

Os trabalhos preparatórios da CPRCG mostram que o crime de conspiração foi incluído para punir actos que, em si, não constituíam genocídio. Nenhum objectivo seria alcançado condenando o arguido, que já era responsável por genocídio, por conspiração com vista ao genocídio, com base nos mesmos actos²⁸³.

Não há concurso real, pois a valoração é feita com base nos mesmos actos²⁸⁴.

2.1 Em nosso entender, existe um caso de concurso aparente ou impuro, que é um limite ao concurso de infracções propriamente dito²⁸⁵. A afirmação do concurso puro e efectivo de crimes está condicionada sempre pela exclusão prévia da existência de um facto anterior não punível (*Straflose Vor-und Nachtat*) ou de um crime progressivo (a ideia da Doutrina italiana de progressão da actividade criminosa).

Ora, sucede que, por vezes, a punibilidade de diversas condutas parece *prima facie* existir e, todavia, vem a apurar-se que só uma ou algumas delas são efectivamente objecto de punição, por isso que os preceitos violados estão numa

²⁸¹ Acórdão MUSEMA, do TCIR, pg. 11 (fonte: *site* da Internet www.ictr.org/ENGLISH/cases/).

²⁸² Ambas as formas de “*complot*” exigem três elementos comuns:

1- Um acordo para o acto (resolução de agir);

2- O concerto de vontades;

3 - O objectivo comum de praticar o crime principal.

²⁸³ Acórdão MUSEMA, do TCIR, pg. 11.

²⁸⁴ Assim, com base no princípio da proibição da dupla valoração, a sentença MUSEMA do TCIR considera o agente “*guilty of Genocide*” e “*Not Guilty of Conspiracy to commit Genocide*”.

²⁸⁵ V. TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º vol., pg. 537.

relação de hierarquia tal que da eficácia dum resulta a impossibilidade da aplicação cumulativa do outro ou outras²⁸⁶. É o caso, por exemplo de acções preparatórias em si mesmo puníveis e dos crimes de perigo, cujos preceitos incriminadores têm a sua eficácia dependente de que os respectivos crimes tentados ou consumados, crimes de dano, não tenham tido lugar²⁸⁷. A relação é “*minus ad maius*”.

O resultado hermenêutico pode ser o mesmo quer pelo estabelecimento de uma relação de subsidiariedade quer pelo estabelecimento de uma relação de consumpção²⁸⁸.

2.2 Subsidiariedade

Temos, desde logo, a via da subsidiariedade implícita ou material²⁸⁹.

Considerando haver estádios diversos de agressão a um bem jurídico, o tipo do n.º 1 do art.º 239.º é caracterizado por uma fase mais grave de lesão do bem jurídico (dado que são fases diferentes de agressão de um certo bem jurídico): há uma transição por uma fase menos grave: onde está o mais está o menos; e, portanto, contém-na e nessa medida consome-a²⁹⁰.

A incriminação do acordo deve recuar perante a incriminação do genocídio.

2.2.1 A relação entre crime de perigo e crime de dano é de subsidiariedade implícita ou material²⁹¹.

Em relação ao crime de associação criminosa, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO sustentou haver uma relação subsidiária perigo-dano dos factores de perigo (tendo como pressuposto uma interpretação abrangente das regras de concurso). Salvo factores autónomos de perigo (nestes casos, concurso efectivo), a ideia facto acessório — facto principal conduz a uma relação de subsidiariedade.

2.2.2 Poder-se-á recorrer a uma analogia com a relação crime na forma tentada — crime na forma consumada, ou seja, entre a forma transitiva imperfeita do crime para o crime perfeito, na forma consumada²⁹². A punição da tentativa cede, por subsidiariedade implícita, face à consumação²⁹³.

²⁸⁶ EDUARDO CORREIA, *A Teoria...*, pgs. 25-26.

²⁸⁷ EDUARDO CORREIA, *A Teoria...*, pg. 26.

²⁸⁸ Apenas não pode ser aplicável a relação de especialidade.

²⁸⁹ Relação de hierarquia entre dois preceitos dada a qual um deles (o subsidiário) deixa de ter aplicação quando em concorrência com outro (o primário) (TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º vol., pg. 457).

²⁹⁰ EDUARDO CORREIA, *A Teoria...*, pg. 147.

²⁹¹ Assim, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. I, 2.ª edição, revista e actualizada, AAFDL, 1998, pgs. 457-458. Diferentemente, CAVALEIRO DE FERREIRA considera que existe uma relação de consumpção.

²⁹² A tentativa é um tipo dependente (*Actas...*, Parte Geral, pg. 179).

²⁹³ JOHANNES WESSELS, *Direito Penal. Parte Geral (Aspectos Fundamentais)*, tradução de Juarez Tavares, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1976, pg. 180.

2.3 Consumpção

No caso da consumpção²⁹⁴, “o afastamento da aplicabilidade da norma consumpta só pode averiguar-se em concreto; não respeita à interpretação, mas à aplicação das normas no caso concreto.”.

2.3.1 PUIG PEÑA²⁹⁵ e JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS²⁹⁶ considera que se trata de uma forma natural de transição. Se o crime planeado começa a ser executado com fidelidade, implica a consumpção da conduta de conspiração, na forma de comissão mais avançada do começo de execução.

A relação de consumpção implica que uma norma consome já a protecção de outra²⁹⁷. A norma do n.º 1 do art.º 239.º do Código Penal consome a protecção que a norma do n.º 3 do mesmo preceito visa; a primeira, a “*lex consumens*”, tem de ser eficaz²⁹⁸.

2.3.2 Por outro lado, haveria consumpção, mediante a relação entre um crime formal e um crime material: excluídas, por força da relação de consumpção, são as disposições que punem actividades que consomem materialmente aquelas ofensas já formalmente havidas como consumadas e punidas.

2.3.3 Segundo uma perspectiva diversa da mencionada (em 2.2.1), seria ainda um caso de consumpção, por relação entre crime de perigo — crime de dano, que exclui as disposições em que o pôr-se em perigo a lesão de bens jurídicos por aquelas que punem a sua lesão efectiva²⁹⁹.

A eficácia das disposições consome naturalmente a daquelas que visam punir a verificação efectiva e concreta desse perigo de lesão ou dessa lesão de bens jurídicos³⁰⁰.

Exclui-se as disposições que punem o pôr-em-perigo de a lesão de bens jurídicos (crimes de perigo), por consumpção, por aquelas que punem a sua lesão efectiva (crimes de dano)³⁰¹.

²⁹⁴ Para que a consumpção possa ter lugar, é sempre necessário investigar cuidadosamente se o círculo de bens jurídicos, cujo perigo de lesão uma determinada norma prevê, coincide com aquele cujo dano uma outra proíbe (EDUARDO CORREIA, *A Teoria...*, pgs. 139, 133; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, pg. 532).

Há consumpção quando o conteúdo de ilícito e de culpa de uma acção típica abarca outro facto ou tipo, de modo a que a valoração global do ilícito do ponto de vista dos ilícitos abarca o acontecimento global. A conduta de conspiração é absorvida pela forma comissiva mais perfeita do começo de execução.

²⁹⁵ PUIG PEÑA, *Conspiración*, pg. 209.

²⁹⁶ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 184.

²⁹⁷ EDUARDO CORREIA, *A Teoria...*, pg. 131.

²⁹⁸ EDUARDO CORREIA, *A Teoria...*, pg. 344.

²⁹⁹ EDUARDO CORREIA, *A Teoria...*, pg. 130.

³⁰⁰ EDUARDO CORREIA, *A Teoria...*, pg. 138.

³⁰¹ EDUARDO CORREIA, *A Teoria...*, pg. 138.

§ 8.^a **MOLDURA PENAL**

1. O preceito secundário consta do n.º 3 do art.º 239.º: a pena é de 1 a 5 anos. Este limite máximo é preferível a um limite de dez anos (com variação de nove anos em relação ao limite mínimo), pois dá melhor cumprimento ao princípio da proporcionalidade da sanção em relação ao facto e dá cumprimento ao princípio da legalidade das penas, tornando-a mais previsível³⁰².

2. Na comparação com a medida da pena do genocídio, a moldura do acordo é menor, dado que a lesão de um bem jurídico é punida com uma maior amplitude do que a mera colocação em perigo³⁰³.

O genocídio é um crime de censura exemplar; tem a mais elevada das escalas penais (nos termos do n.º 1 do art.º 239.º, a pena é de 10 a 25 anos).

2.1 A lógica da prevenção em sede de medida legal da pena, levada até às últimas consequências, poderia conduzir ao absurdo como afirmar que, havendo poucos genocídios em Portugal, logo dever-se-ia punir este crime com pena de prisão até 3 anos. “*Na realidade, não se pode estabelecer uma relação concludente entre a gravidade das penas e a frequência dos crimes*”³⁰⁴.

2.2 Por outro lado, a moldura penal de 12 a 25 anos é excessivamente ampla. “*Não sai aqui gravemente ferida a previsibilidade de pena, constitucionalmente exigível nos termos do princípio da legalidade em matéria penal?*”³⁰⁵. É necessário um equilíbrio das escalas penais³⁰⁶.

2.3 É ainda discutível a equivalência identitária de penas entre o crime de genocídio e o crime de homicídio qualificado (artigos 132.º e 239.º, n.º 1).

3. O incitamento (art.º 239.º, n.º 2) é punível com pena de 2 a 8 anos, moldura penal mais ampla, nos limites mínimo e máximo, do que a do n.º 3 do art.º 239.º, dada a maior gravidade daquele tipo-de-ilícito.

§ 9.^a **ESPECIFICIDADES PROCESSUAIS PENAIS**

³⁰² TERESA PIZARRO BELEZA, *Os crimes contra a propriedade...*, 1998, pg. 63.

³⁰³ WOLFGANG NAUCKE, *Introdução à parte especial do Direito Penal*, tradução e notas de Augusto Silva Dias, AAFDL, 1989 (versão original de 1987), pg. 26.

³⁰⁴ TERESA PIZARRO BELEZA, *A revisão da Parte Especial na reforma do Código Penal: legitimação, privatização, «individualismo»* in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, org. de Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza, AAFDL, 1998, pg. 91.

³⁰⁵ TERESA PIZARRO BELEZA, *A revisão da Parte Especial...*, pg. 105.

³⁰⁶ TERESA PIZARRO BELEZA, *A revisão da Parte Especial...*, pg. 101.

Nos termos do n.º 2, al. d), do art.º 5.º do Decreto-Lei n.º 275-A/2000, a competência de investigação dos crimes contra a paz e a humanidade é reservada à Polícia Judiciária.

Cabe ao Departamento Central de Investigação e Acção Penal do MP coordenar a direcção da investigação dos crimes contra a paz e a humanidade.

A nível processual, há um alargamento da legitimidade para a constituição de assistente (v.g., art.º 68.º, n.º 1, al. e), do Código de Processo Penal)³⁰⁷.

O tipo não exige que os agentes sejam arguidas no processo; não pode paralisar o tipo esta omissão (tal como no crime de associação criminosa).

³⁰⁷ V. MARIA JOÃO ANTUNES, *Artigo 239.º*, pg. 574.

SEGUNDA PARTE ENQUADRAMENTO TEORÉTICO-CONSTRUTIVO

§ 1.^a OS OBSTÁCULOS À INCRIMINAÇÃO E A SUA SUPERAÇÃO

1. A colocação da questão em termos de dúvida metódica formula-se do seguinte modo:

É admissível a incriminação do acordo, excepcionando os princípios gerais do Direito Penal? O sistema está vocacionado para o aspecto objectivo do comportamento. Como salvar uma categoria que se baseia no aspecto subjectivo?

2. Premissas

A descoberta da natureza da incriminação insere-se numa realidade cultural (embora metodologicamente se parta dos textos legais (documentos a nível de fontes)³⁰⁸).

As premissas de que partimos são de natureza objectiva e de natureza subjectiva.

A nível objectivo, são características do direito positivo e condição essencial de tudo o que é humano a temporalidade e a historicidade³⁰⁹⁻³¹⁰. Estas duas determinações são convertíveis uma na outra. Toda a realidade sensível ou não-sensível (corpo, alma ou cultura) nos é dada no tempo. A historicidade é a

³⁰⁸ FARIA COSTA, *A Caução de Bem Viver. Um Subsídio para o estudo da evolução da Prevenção Criminal*, Coimbra, 1980, pg. 41.

³⁰⁹ CABRAL DE MONCADA, L. CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 2.º, Doutrina e Crítica, reimpressão, Coimbra Ed., 1995, pg.120.

³¹⁰ Como refere JOÃO BAPTISTA MACHADO, “em último termo, a Verdade, se, por um lado, é indesligável da história do homem, é, por outro lado, transcendente a esta história enquanto história que acontece (...) — por isso que exige a transcensão ad infinitum do homem tal como é em cada momento histórico e exige, portanto, a transcensão do homem enquanto ser histórico. E é assim que a própria lógica do pragmatismo filosófico conduz à negação do mesmo pragmatismo, na medida em que se reconheça (do ponto de vista do pragmatismo) que da estratégia de sobrevivência da forma de vida “homem” fazem parte postulados e ideadores universais que transcendem o homem histórico.” (JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1996, pgs. 277-278).

efectivação mais completa da temporalidade. É uma herança e não um espaço cósmico temporal independente de nós³¹¹.

A temporalidade é uma categoria essencial para o pensamento jurídico, mormente jurídico-penal³¹².

A nível subjectivo, “A própria forma de descrever a realidade observada implica uma escolha, uma valoração”³¹³.

Existe uma “*inserção social do sujeito pensante, que investiga e teoriza*”. Neste sentido, a primeira exigência de um trabalho sério e “objectivo” de investigação é o reconhecimento e a consciência da *inevitável* subjectividade. Não tanto para a poder controlar completamente, mas para ser capaz de um permanente questionamento da nossa capacidade de *ver e entender*³¹⁴. O poder do conhecimento pode ser exercido, mas com a consciência de cientista e de respeito da verdade.

Neste ponto, a vinculação do Direito à realidade é sublinhada pela Escola Finalista, mediante a afirmação da existência de estruturas lógico-objectivas.

3. A impunibilidade geral das fases anteriores à tentativa

Os actos preparatórios são, em princípio, impunes, pelo seu conteúdo criminoso insuficiente e pela escassa captabilidade real. O maior centro de ilicitude reside na execução; aquelas não constituem a realização do facto típico (*Tatbestandsverwirklichung*).

Frequentemente as pessoas desenvolvem actividades preparatórias sem terem ainda uma decisão firme; esta decisão vai-se formando e vai-se desenvolvendo à medida que se faz a própria preparação³¹⁵.

Daí a afirmação do princípio da materialidade do facto: sem facto material ou prescindindo del, ter-se-ia um direito penal totalitário ou eticizante, da constate ou da perigosidade social do autor, da “*nuda cogitatio*”, da atitude interior, da suspeição³¹⁶.

Não se poderia, assim, incriminar o acordo como mero encontro de vontades, o preliminar do preliminar, a fase de idealização da actividade criminosa.

³¹¹ CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 2.º, pg. 120. Só o homem tem história, porque só o homem é portador do espírito, sabe de si, e nessas condições faz a cultura. Os outros seres reais têm cronologia, mas não têm história (CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 2.º, pgs. 120-121).

³¹² FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 86.

³¹³ TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, AAFDL, 1993 (reimpressão), pg. 404.

³¹⁴ TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pgs. 423-424.

³¹⁵ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal. § 12. A Tentativa*, actualização das Lições de Direito Penal, 2.º volume, 2000 (fonte: Internet fd.unl.), pg. 10.

³¹⁶ FERRANDO MANTOVANI, *Sobre a exigência perene da codificação* in *RPCC*, ano 5, 2.º, Abr.-Jun. de 1995, pg. 149.

3.1 No entanto, a título preliminar, diga-se que, influenciada pela visão liberal, a aplicação rigorosa da lei baseada num estudo dogmático elaborado e sofisticado é um processo de garantia, de uma maneira essencialmente formal, tendo uma função sobretudo legitimadora³¹⁷.

TERESA PIZARRO BELEZA anota o perigo teórico do fascínio que o estudo da dogmática pode exercer nos juristas, obnubilando a realidade do funcionamento do sistema penal e a enorme riqueza de outras perspectivas³¹⁸.

Não está em causa a punição da “*nuda cogitatio*”, mas de uma manifestação conjuntamente revelada e acordada.

Tendo como suporte o bem jurídico protegido pelo genocídio, o acordo supera o teste da dignidade e da carência de tutela penal³¹⁹, pois protege um bem jurídico de eminente dignidade de tutela (*Schutzwurdigkeit*)³²⁰; mediante um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade³²¹; ao que acresce a legitimação positiva da carência de tutela penal³²².

O bem jurídico pela incriminação do genocídio é de “*jus cogens*”, senão mesmo Direito Natural³²³. Não é menos importante — bem pelo contrário — do que a incriminação de actos preparatórios de crimes contra a segurança do Estado (cfr., v.g., artigos 344.º, 300.º, números 2 e 5).

4. Direito Penal simbólico

Poder-se-ia arguir que seria um Direito Penal simbólico, sem consequências, nomeadamente não aumentando a prevenção.

Em primeiro lugar, respondemos que não é por desempenhar também uma função simbólica que não deve pertencer ou Direito Penal.

³¹⁷ TERESA PIZARRO BELEZA, *A Moderna Criminologia e a Aplicação do Direito Penal* in *RJ*, n.º 8, Out.-Dez. de 1986, pg. 57.

³¹⁸ TERESA PIZARRO BELEZA, *A Moderna Criminologia...*, pg. 57.

³¹⁹ Sobre a contraposição entre dignidade penal e carência de tutela penal (desenvolvidos na Doutrina alemã, nomeadamente por HASSEMER), v., entre nós, o estudo de COSTA ANDRADE, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal» como Referências de uma Doutrina Teleológico-racional do Crime* in *RPCC*, ano 2, 2.º, Abr.-Jun. de 1992, pg. 176 (pgs. 173-205).

³²⁰ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *A «Dignidade Penal»...*, pg. 184.

³²¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *A «Dignidade Penal»...*, pg. 184; FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Sobre os crimes de fraude...*, pg. 341.

³²² V. as formulações de HASSEMER, de GALLAS (*apud* MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *«Constituição e Crime»*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, Universidade Católica Editora, Porto, 1995, pg. 222), de ZIPF (*apud* MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *«Constituição e Crime»...*, pg. 223).

³²³ JEAN-LOUIS CLERGERIE, *La notion de Crime contre l'humanité* in *RDP*, 1996-5, pg. 1257.

Para além da sua própria aplicação e eficácia no sentido restrito, “técnico” dos termos, o Direito tem uma função simbólica, “declaratória”, *ideológica*, fundamental; esta função torna-se *educativa* das atitudes, expectativas e comportamentos sociais³²⁴. Como declaração de princípio, vinca-se a importância que para o legislador terá tido uma determinada matéria³²⁵.

Assim, o Direito Penal alarga a protecção dos bens jurídicos até à fase comunicativa, mais recuada, no crime dos crimes.

5. O perigo de execução do facto e a sua prevenção

Por outro lado, nem por ser simbólico se pode considerar que a conspiração não aumenta a prevenção. Pelo contrário, a conspiração representa um perigo de execução do facto.

O crime origina-se e exterioriza-se num momento anterior à execução³²⁶. A “*combination of minds*” dispensa a necessidade de um perigo mais próximo. o efeito da conspiração é um aumento do risco de que o crime irá ser cometido³²⁷.

“*Ao Direito Penal só interessam estes actos enquanto manifestam uma possibilidade mais ou menos remota de uma crime virá a ser executado*”³²⁸.

Pretende-se assim evitar a execução do facto projectado.

Neste sentido, há uma necessidade político-criminal³²⁹, pois se receia que uma intervenção posterior do “*iter criminis*” possa já não ser eficaz, dada a função motivadora do Direito Penal, distinta de qualquer ramo de Direito. De outro modo, cair-se-ia no absurdo de pensar que se teria de exigir um princípio de execução, quando pode ser extirpado de raiz³³⁰.

Tal como outros “*inchoate crimes*”, permite a prevenção contra os criminosos, em situações em que já houve uma intenção fixa para cometer o crime³³¹.

“*A reprovação ético-jurídica do crime é um meio de prevenção geral*”, segundo o Professor JOSÉ BELEZA DOS SANTOS³³².

³²⁴ TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pgs. 395, 218; *ID.*, *A revisão da Parte Especial...*, pg. 91.

³²⁵ Criticamente, PAULO DE SOUSA MENDES, PAULO DE SOUSA MENDES, *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, AAFDL, 2000, pgs. 32-33; cfr. PEDRO DURO, “*Adamah protege adamah: os artigos 278.º a 280.º do Código Penal*” in *OD*, ano 133, II, Abr.-Jun. de 2001, pgs. 374-375.

³²⁶ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 16.

³²⁷ No dizer do reflexo da “*law in action*” anglo-saxónica, por intermédio de J.C. SMITH / BRIAN HOGAN, “*the confederacy of several persons to effect any injurious object creates such a new and additional power to cause injury as requires criminal restraint*” (J.C. SMITH / BRIAN HOGAN, *Criminal Law*, pg. 303).

³²⁸ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 13.

³²⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, pg. 301.

³³⁰ SILVELA *apud* RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, pg. 301.

³³¹ GRANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law...*, pg. 710.

O sujeito deve conformar no futuro as suas decisões volitivas e, por conseguinte, o seu comportamento, com as exigências legais.

A conspiração pode ser um forte motivo para delinquir. A punição actua como contra-reacção inibidora³³³.

Ou um pouco mais mitigadamente, com os crimes de perigo abstracto, de algum modo se reforça a “prevenção”, mas apenas na exacta medida da sua proibição: mais correctamente, alarga-se o campo da punibilidade³³⁴, ou seja, um aumento de protecção ao preciso bem jurídico protegido pela incriminação do genocídio.

A necessidade de retribuir surge num plano secundário, pois não de se deu início à execução do facto principal.

6. Vinculação conspiracional

Na perspectiva da visão crítica da excepção aos princípios gerais da não punição dos actos preparatórios, em sentido negativo, HANS WELZEL³³⁵ considerava que a punição da conspiração se tratava de um critério muito discutível de um “*direito penal do sentir*”, que pune não só manifestações de vontade, mas manifestações do “*sentir*” dirigidas a acções futuras³³⁶.

Segundo CARRARA, os acordos não representam sempre certa a intenção de executar o crime, e, ainda que haja tal intenção, não são começo de execução do crime pensado, deliberado, instigado ou acordado.

Um Direito Penal da vontade é dificilmente de enquadrável de modo satisfatório no quadro lógico de um sistema penal³³⁷.

Segundo JIMENEZ DE ASÚA, a penalização da proposta e da conspiração é o barómetro que indica o grau de liberalismo ou reacção que goza ou sofre o país em que se contém estas disposições.

6.1 O argumento do “*direito penal do sentir*” não é insuperável. Segundo FRÄENKEL, existe uma necessidade, exigida pela política criminal e pela justiça, de sancionar certas acções anteriores à tentativa do facto punível; baseia-se em representações valorativas que nos vêm dadas; e, em última análise, do sentir jurídico³³⁸.

³³² In *Inimputabilidade...*, pg. 15 (apud TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º vol., pg. 289).

³³³ JUAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *La Conspiración...*, pg. 13.

³³⁴ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pgs. 574-575.

³³⁵ HANS WELZEL, *Derecho Penal...*, pgs. 131, 190.

³³⁶ GOETHE refere que, com a imaginação, poderia ter cometido todos os crimes do mundo. A malícia consuma-se recém no acto (SHAKESPEARE, *Othello*, II, 1.).

³³⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, pg. 292.

³³⁸ Apud RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, pg. 291.

Em relação à protecção de bens jurídicos, as suas exigências do Direito Penal são limitadas à protecção de específicos bens jurídicos, mas participam de todo o modo do dever-ser ético-social³³⁹.

6.2 Por outro lado, militam os argumentos utilizados a favor da incriminação na Parte Geral. O merecimento da pena do facto obedece às vinculações conspiracionais que surgem ao implicar outras pessoas na resolução de delinquir³⁴⁰. O merecimento da pena do facto obedece à vinculação conspiracional da resolução criminal³⁴¹.

Como o facto principal não foi cometido na realidade, o desvalor do facto limita-se ao ilícito da acção, que permanece no âmbito do espiritual, aparecendo o objectivo unicamente através da expressão da intenção criminal ou do acordo com esta³⁴².

É uma **acessoriedade hipotética**, na expressão de JESCHECK, isto é, uma dependência da punibilidade com respeito ao crime proposto, cuja consumação devem querer todos os intervenientes.

O que é importante não é a situação real, mas um aspecto abstracto, espiritual — a representação³⁴³.

7. Resposta a outras objecções

7.1 LANGE tecia a objecção constitucional de violação do princípio da igualdade: tratar-se-ia como iguais casos — condutas preparatórias descritas no par. 49 a) e a tentativa — que são essencialmente desiguais; o que implicaria uma transgressão do princípio constitucional da determinação do tipo.

7.1.1 A este tipo de objecções à criminalização, contrapõem-se as razões de política criminal. Se são estas que levam à quase unânime impunidade dos actos preparatórios, a inversa também é verdadeira, pois a punibilidade, em casos contados, dos actos preparatórios encontra o seu fundamento num qualquer sentido político-criminal, segundo FARIA COSTA, em “*Tentativa e Dolo Eventual*”,³⁴⁴.

Excepcionalmente, o Direito positivo tipifica como crime consumado certas condutas pertencentes ao “*iter criminis*”, que não lesionam directamente o

³³⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, pg. 260.

³⁴⁰ JESCHECK, *Tratado...*, II, pg. 980.

³⁴¹ JESCHECK, *Tratado...*, II, pg. 981.

³⁴² JESCHECK, *Tratado...*, II, pg. 981.

³⁴³ JESCHECK, *Tratado...*, II, pg. 982.

³⁴⁴ FARIA COSTA, *Tentativa e Dolo Eventual (ou da relevância da negação em Direito Penal)*, separata do número especial do *BFDUC, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984*, reimpressão, Coimbra, 1996, pg. 47. “*Dir-se-á, então, que perante tais situações o sistema reencontra a sua plenitude punitiva, mas plenitude reencontrada através de uma via não primária. Isto é, são, uma vez mais, razões de política criminal que, combatendo, anulando, os outros motivos, também de política criminal, que levavam à ideia de que os actos preparatórios não devem ser punidos, fazem que os chamados actos preparatórios devam ser punidos*” (FARIA COSTA, *Tentativa e Dolo Eventual...*, pg. 47).

bem jurídico. São tipos de protecção antecipada — sancionam condutas que não produzem a lesão do bem jurídico. Não é necessária a efectiva lesão do bem jurídico para o preenchimento do tipo (a criminalização das organizações terroristas invoca o valor da segurança³⁴⁵).

7.2 Um outro argumento negativo seria o de que conspirador perde o domínio do facto; isto é, desencadeia-se um acontecimento sobre o qual não tem um absoluto poder de controlo.

Este argumento é desmontado por LANGE, referindo que também o cúmplice não tem o domínio do facto, sendo punível com atenuação da medida da pena.

8. Justificação da “*Law of conspiracy*”

Com frequência os actos da qual a conspiração é inferida evidenciam uma intenção de cometer o crime.

A justificação prática é a vantagem de pôr a claro a conspiração é dispensar a dificuldade de requerer a proximidade com a tentativa³⁴⁶.

No espírito pragmático, conspiração e incitamento são actos condenados por lei, por serem suficientemente próximos da tentativa, sem necessidade de entrar na teoria nebulosa da proximidade da tentativa³⁴⁷, ampliando o âmbito e a elasticidade da “*offence*”.

A vantagem subsidiária é a da prova.

8.1 A conspiração, os actos preparatórios, a tentativa, e a consumação correspondem a uma unidade de sentido que não vale por si e em si mas encontra o seu fecho normativamente harmónico na relevância conjunta com o valor do resultado³⁴⁸.

Existe uma fraccionabilidade, uma quebra da unidade do “*iter criminis*”.

9. A inserção no mecanismo complexo de repressão do genocídio

A punição do acordo insere-se na opção legislativa de incriminação de um mecanismo complexo de repressão, composto pela incriminação também pela

³⁴⁵ O considerando 32 da Introdução do Decreto-Lei n.º 400/92, de 23 de Setembro refere: “*Este tipo de criminalidade tem de ser combatido pela lei de forma severa, mas, nestes casos, a lei penal, só por si, tem pouquíssimo efeito preventivo. A seu lado tem de existir uma consciencialização da comunidade no sentido de ser ela, em primeira instância, o crivo inibidor daquela criminalidade*”.

³⁴⁶ GRANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law...*, pg. 710.

³⁴⁷ GRANVILLE WILLIAMS, *Criminal Law...*, pg. 672.

³⁴⁸ Cfr. FARIA COSTA, *A Caução de Bem Viver...*, pg. 48.

criminalização do incitamento ao genocídio³⁴⁹. Entre a panóplia sancionatória de que o Estado dispõe, não é de afastar a criminalização³⁵⁰⁻³⁵¹.

10. As cautelas na utilização pelo Legislador da incriminação

Devendo “*ser tida como medida excepcional*”³⁵², a incriminação é rodeada de precauções, de cautelas particulares na incriminação de actos preparatórios³⁵³.

Segundo FIGUEIREDO DIAS³⁵⁴, é necessário uma efectiva resolução criminosa: esta constitui o passo inicial do “*iter criminis*” e sem ela nem sequer poderemos saber se estamos perante um acto preparatório. Só se justifica numa se os actos apontarem já indubitavelmente para a realização do tipo; num plano interno, é necessário haver um plano do crime e uma intenção definida.

³⁴⁹ ANNE-MARIE LA ROSA / SANTIAGO VILLALPANDO, *Le Crime de Génocide revisité... in Génocide(s)*, dir. de Katia Boustany / Daniel Dormoy, Bruylant, Bruxelles, 1999, pg. 92.

³⁵⁰ Seguindo o pensamento de FIGUEIREDO DIAS, o legislador não é completamente livre nas decisões de criminalização. Estas decisões, seguindo quase sempre muito de perto a evolução histórica da sociedade para a qual são tomadas, revelam-se estreitamente condicionadas pelos dados da estrutura social, por substratos directamente políticos, pelos interesses dos grupos sociais e pelas representações axiológicas neles prevalentes em certo momento histórico.

³⁵¹ “*O júízo sobre a necessidade de lançar mão desta ou daquela reacção penal cabe, em primeira linha, ao legislador, reconhecendo-se-lhe uma larga margem de discricionariedade. A limitação da liberdade de conformação legislativa, neste domínio, só pode ocorrer quando a sanção se apresente como manifestamente excessiva (...)*” (Ac. do TC n.º 606/99, pg. 317).

A “*liberdade de conformação política do legislador*”, expressão enunciada nos anos 50 pelo *Bundesverfassungsgericht* designa os espaços de actuação livre, não constitucionalmente vinculada, da função legislativa.

A expressão “discricionariedade legislativa” era inadequada, porque não correspondia à intensidade e natureza da vinculação do legislador à constituição (MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado...*, pg. 382 (nota)). A adopção do termo “*Gestaltungsfreiheit*”, liberdade de conformação, decorreu assim da consciência nítida de que era necessário apor limites ao processo de transposição de conceitos de direito administrativo para o direito constitucional e estabelecer uma inevitável distância entre o conteúdo do princípio da legalidade e o conteúdo do princípio da constitucionalidade (MARIA LÚCIA AMARAL PINTO CORREIA, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do Legislador*, Coimbra Ed., 1998, pg. 382 (nota)).

No quadro das escolhas permitidas pelos parâmetros constitucionais, o legislador ordinário escolhe livremente, conforma politicamente a ordem do direito, de modo a actualizar e cumprir os valores já fixados pela instância constituinte (MARIA LÚCIA AMARAL PINTO CORREIA, *Responsabilidade do Estado...*, pg. 292).

A Constituição, como qualquer direito histórico, necessita da «actualização» do seu âmbito normativo» e essa tarefa de actualização pertence, em primeira linha, ao legislador, democraticamente legitimado (GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2.ª ed., Coimbra Ed., 2001, pg. 62).

³⁵² *Actas... Parte Especial*, pg. 362.

³⁵³ *V. Actas... Parte Especial*, pgs. 361-362.

³⁵⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Sumários e notas das Lições*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1976, e *As «Associações Criminosas»...*, pgs. 81-82.

10.1 A pontualidade da incriminação da conspiração

A incriminação da conspiração só é admissível pontualmente, quando tenda a um crime grave (como defendia CARRARA). Uma incriminação genérica da punição antecipada não é, entre nós, admissível; só em crimes pontuais, se constituir uma excepção tolerável, susceptível de ser uma disposição criticável, se se elevasse a regra geral³⁵⁵.

Consequentemente, o lugar da conspiração não deve ser a Parte Geral, mas a Parte Especial. A conspiração não deve figurar na Parte Geral; basta a previsão específica na Parte Especial, nomeadamente no n.º 3 do art.º 239.º dada a intensidade particular do crime de genocídio.

§ 2.ª

A FUNDAMENTAÇÃO MATERIAL DA PROIBIÇÃO

A nível de Direito interno, os trabalhos preparatórios demonstram que a introdução do n.º 3 do art.º 239.º foi imposta pela assunção de compromissos internacionais.

Poder-se-ia referir que o Estado Português foi “obrigado” pela necessidade a introduzir a incriminação no Direito Interno.

Isso apenas parcialmente corresponde à realidade:

Há um momento de heterovinculação, mas que é precedido por um momento de autovinculação.

Em segundo lugar, não seria adequado a um país como Portugal não ratificar a CPRCG, que assegura a protecção contra um dos crimes mais gravosos do planeta.

Mas falta averiguar se a incriminação é conforme ao espírito e à normatividade axiológica da nossa ordem jurídica, ou seja, inquirir a legitimação do tipo de crime plasmado no n.º 3 do art.º 239.º³⁵⁶.

Sobre a perspectiva de ser um crime de perigo abstracto, remetemos para o que se referiu a propósito do bem jurídico protegido pela incriminação (*supra*). Não colhe, por isso, o argumento da ausência de protecção de um bem jurídico. A punição da conspiração com vista ao genocídio é uma incriminação que efectiva, e para o futuro, a protecção do bem jurídico, pois, se nenhum povo está

³⁵⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, pg. 300.

³⁵⁶ Usamos a expressão *legitimação* em lugar de *legitimidade*, pois o que está em causa não é a validade da incriminação apreciada de um qualquer ponto de vista, mas o próprio acto cosmogónico de segregação pela ordem jurídica universal da incriminação (cfr. PEDRO CAEIRO, *Claros e escuros de um auto-retrato...*, pg. 575 (nota) (para uma distinção entre legitimidade e legitimação, v. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, pgs. 1377 ss.).

livre de ser vítima, igualmente nenhum povo pode ser despojado de ajuda ou de protecção do Direito Internacional.

1. A gravidade do crime de genocídio

O que se pretende é uma estrutura de domínio tendente à aniquilação de outros, conjecturando o domínio, preparando uma estrutura de domínio letal (por exemplo, o genocídio nazi).

Na Constituição Alemã, estabelece-se, no n.º 1 do art.º 26.³⁵⁷, uma obrigação constitucional expressa de criminalização do atentado à convivência pacífica dos povos, assim como a proibição de uma guerra de agressão; é um caso de imposição expressa de criminalização³⁵⁸⁻³⁵⁹.

Mas mesmo em Estados que não contenham preceito constitucional, os factos são punidos por atentarem contra valores de primordial importância, não sendo necessária uma imposição expressa de criminalização³⁶⁰.

2. A intolerabilidade dos crimes contra a humanidade

Outro baluarte da incriminação é a ideia de intolerabilidade, impressivamente analisada por MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, “*entendida como radical inaceitabilidade da concepção de homem emergente da ideologia nacional-socialista que, transposta para o plano do político, se traduziu na*

³⁵⁷ O n.º 1 do art.º 26.º da Constituição alemã refere: “São inconstitucionais e sujeitos a sanções penais os actos que, pela sua natureza ou intenção, venham a perturbar a existência pacífica dos povos, em especial aqueles que preparem para uma guerra de agressão.”

³⁵⁸ Foi determinado sob a pressão dos acontecimentos da II Guerra Mundial, querendo-se proibir acções de preparação de guerra, servindo a imposição de punição para reforçar esta ideia (MÜLLER-DIETZ *apud* MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, «Constituição e Crime»..., pg. 312).

³⁵⁹ Também se revela noutra plano: o da fiscalização pelos tribunais da constitucionalidade das leis e da legalidade dos actos praticados pela Administração:

“Entre as razões que levaram a Lei Fundamental a instituir um controlo de toda a actividade estadual pelos Tribunais Constitucionais e pelos Tribunais Administrativos, a experiência da ditadura nacional-socialista não foi menor. O desrespeito total pelos direitos de liberdade, o terror e a desumanidade deste regime, impuseram o reconhecimento da necessidade de estabelecer de antemão uma barreira a todo e qualquer abuso em que de futuro o poder político viesse a incorrer. E entendeu-se que a actividade legislativa não devia constituir excepção – pois que também o legislador democrático não está livre do perigo de colocar considerações jurídicas atrás dos objectivos políticos” (OTTO BACHOF *apud* MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, «Constituição e Crime»..., pg. 349).

Há inúmeros casos na história de defesa do desrespeito por esta necessidade de protecção de valores básicos, no período do regime nacional-socialista.

³⁶⁰ MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, «Constituição e Crime»..., pg. 312.

realização metódica de um plano, racionalmente concebido, para a destruição de grupos de seres humanos.”³⁶¹.

O genocídio é um crime contra a humanidade, ou seja, um crime **contra o estatuto fundamental do ser humano**.

O acordo é um acto que realiza uma intolerável ofensa de valores, cuja importância é comunitariamente conhecida; tem uma estrutura valorativa própria que se exacerba ao limite do tolerável e do impunível no genocídio³⁶².

3. Perspectiva filosófica. O Mal

O genocídio é um crime quase impensável, que raia os limites do mal³⁶³.

O princípio que se ergue do fundo da natureza e pelo qual o homem se separa de Deus é a ipseidade que nele existe, mas que se torna espírito pela sua unidade com o princípio ideal³⁶⁴.

O conceito de Mal, segundo FRANZ BAADER, consiste numa perversão positiva e numa inversão dos princípios; o Mal seria explicado através de profundas analogias físicas, nomeadamente com a doença. Daí a negação do Mal como antagonismo positivo e redução ao “*malum metaphysicum*”, ou ao conceito negativo de imperfeição da criatura³⁶⁵.

³⁶¹ MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *Apontamento...*, pg. 88.

³⁶² Certa doutrina alemã indica como directamente aplicáveis aos indivíduos também aqueles (preceitos relativos aos) deveres fundamentais cuja violação normativa (*rectius* legal) é inaceitável, dado, pela sua natureza, serem *deveres do homem* eticamente fundados e, pela sua origem extra-estadual, terem um conteúdo obrigatório que não pode reconduzir-se à vontade do estado manifestada nesse sentido através do legislador. Este entendimento merece a crítica de JOSÉ CASALTA NABAIS, que considera não ser um verdadeiro dever constitucional (v., do Autor, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, Coimbra, 1998, pgs. 153-154).

³⁶³ Em HOMERO, o Mal é imputado aos deuses e ao mito das jarras de Zeus:

“*Este é o destino que os deuses designaram para os pobres mortais. Aos pés de Zeus, existem duas jarras, que contém os presentes que ele nos dá. Numa, estão os males; noutra, a fortuna. Quando Zeus, que se delicia com os seus trovões, mistura os seus presentes para os dar aos homens, ora tira o mal ou o bem. Mas, quando dá tira da jarra da desgraça, conduz o homem à degradação e a fome condu-lo pela terra, onde vagueia sem honra para os deuses e para homem.*” (HOMERO, *Iliada*, XXIV, verso 527) (tradução nossa a partir de versões portuguesa e inglesa (HOMERO, *The Iliad*, trad. e int. de Martin Hammond, Penguin Books, 1987; *ID.*, *A Iliada*, 2.^a ed., Europa-América, Mem Martins, 1988). “*Zeus é o distribuidor dos bens e dos males. Homero, na Iliada, conta que na porta do seu palácio, existem duas jarras, uma contendo os bens, e outra os males. Normalmente, Zeus tira o conteúdo alternadamente de uma e de outra para cada um de nós. Mas, por vezes, retira exclusivamente de uma delas e o destino que daí resulta é ou inteiramente bom ou, e é o que mais se verifica, inteiramente mau.*” (PIERRE GRIMAL, *Dicionário...*, pg. 469).

FRIEDRICH SCHILLER escreve:

“*Gefährlich ist's den Leu zu wecken, / Verderblich ist des Tigers Zahn, / Jedoch der schrecklichste der Schrecken, / Das ist der Mensch in seinem Wahn.*” (“Perigoso é acordar o leão, / perniciosos os dentes do tigre. / Contudo, o mais temível dos medos / é o homem na sua ilusão.” (poema “*Canção do Sino*” (“*Das Lied vor der Glocke*”))).

³⁶⁴ F.W.J. SCHELLING, *Investigações Filosóficas sobre a Essência da Liberdade Humana e os Assuntos com ela Relacionados*, Edições 70, Lisboa, 1993, pg. 70.

³⁶⁵ LEIBNIZ refere que era impossível que Deus compartilhasse todas as perfeições com o homem, sem o fazer Deus.

Contudo, o Mal, enquanto Mal, só pode ter origem na criatura, na medida em que só nesta a luz e a obscuridade, ou seja, ambos os princípios, podem ser unificados. O fundo-essencial originário não pode nunca ser em si mesmo mau, pois não há nele nenhuma dualidade dos princípios³⁶⁶.

A possibilidade universal do Mal reside no facto de o homem, em vez de utilizar a sua ipseidade como base ou instrumento, a elevar à posição dominante e a vontade geral e transformar em meio o espiritual que existe em si mesmo³⁶⁷.

Porque o início do pecado é de tal ordem que o homem transita do ser autêntico para o não-ser, da verdade para a mentira, da luz para a escuridão, para se tornar ele próprio um fundo criador, com o poder do centro que tem em si próprio, dominar todas as coisas³⁶⁸.

Do Mal resulta o apetite do egoísmo, que se torna cada vez mais mesquinho e empobrecido, mas, por isso mesmo, mais desejoso, faminto e envenenado à medida que se afasta do todo e da unidade. No Mal, existe uma contradição que se consome e se nega a si mesma constantemente, na medida em que aspira a ser criatura enquanto nega a união que é própria do ser-criatura e em que, na arrogância de tudo ser, cai no não-ser. Acima de tudo, o pecado manifesto não nos enche de pena, como a fraqueza ou a incapacidade, mas de susto e de terror, um sentimento que só se explica pelo facto de ambicionar despedaçar o Verbo, atentar contra o fundo da criação e profanar o mistério³⁶⁹. O falso e o impuro do Mal são encerrados eternamente na obscuridade

Segundo SCHELLING³⁷⁰, o Mal e o Bem não configuram uma oposição originária e muito menos uma dualidade. Há dualidade onde duas essências se opõem efectivamente. O Mal, porém, não é uma essência, mas uma não-essência, que só em oposição se torna uma realidade, não é uma essência em si mesmo. Também, justamente, a identidade absoluta — o espírito do amor — é anterior ao Mal, pois este somente em oposição a ele se pode manifestar. Por isso, o Mal também não pode ser concebido a partir da identidade absoluta, mas está, de toda a eternidade, fechado a ela e excluído dela.

3.1 Relembre-se que HANNAH ARENDT, ao ouvir as palavras proferidas por EICHMANN, utilizando todas as frases feitas que são dispensáveis em orações fúnebres³⁷¹. Porque, no cadafalso, a memória dá-lhe um último tom eufórico. Ele esquecia-se da sua própria morte. Como se, nos diante da morte, se resumisse a lição do longo estudo arendtiano efectuado sobre a

Segundo PLATÃO, o Mal provém da antiga natureza; porque todo o Mal deseja regressar ao Caos, quer dizer, àquela situação em que o centro originário não estava ainda subordinado à luz; é um borbulhar do centro da nostalgia, privada ainda de entendimento.

³⁶⁶ SCHELLING, *Investigações Filosóficas...*, pg. 82.

³⁶⁷ SCHELLING, *Investigações...*, pg. 100.

³⁶⁸ SCHELLING, *Investigações...*, pgs. 101-102.

³⁶⁹ SCHELLING, *Investigações Filosóficas...*, pg. 102.

³⁷⁰ SCHELLING, *Investigações Filosóficas...*, pg. 124.

³⁷¹ EICHMANN declara com insistência que acreditava em Deus, à maneira nazi, mas não era cristão; não acreditava numa vida após a morte. “*Em pouco tempo, meus senhores, nós voltaremos. É o destino de todos os homens. Viva a Alemanha, viva a Argentina, viva a Áustria, Não os esquecerei.*” (apud HANNAH ARENDT, (...) *Eichmann à Jérusalem*, éd. établie sus la direction de Pierre Bourretz, trad. de Anne Guérin (1966), ver. por Michelle-Irène Brudny-de-Launay (1991), pour folio histoire révisée pour la présente édition par Martine Leibovici, Gallimard, s.l., 2002, pg. 1262).

maldade humana “— a lição da terrível, da indizível, da impensável banalidade do mal.”

4. Memória histórica. Lastro histórico jusinternacional

A descoberta e a assunção do sentido da historicidade permite a compreensão material de um ordenamento jurídico aberto; os processos de transição dos elementos passam da realidade circundante para a ordenamento jurídico-penal³⁷².

O Direito Penal, enquanto ordenamento jurídico matricialmente ligado à realidade social é um lugar privilegiado para um correcto entendimento desta fenomenologia³⁷³.

As determinantes históricas³⁷⁴ que compõem o real social são relevantes na composição dos crimes de perigo abstracto, dos segmentos matriciais construtores da comunidade jurídico-penal; o seu aparecimento no campo da específica discursividade jurídico-penal está dependente de variáveis³⁷⁵.

O agir comunicacional só é possível porque se opera em um campo axiologicamente denso e historicamente definível³⁷⁶.

Na lição da História, como refere FRIEDRICH MÜLLER, todas as experiências totalitárias têm implicado sistemáticas violações das garantias formais e processuais e limitações dos “deveres de transparência” e das possibilidades de actuação das instâncias de controle das decisões dos poderes públicos — o que, ao desrespeitar a exigência de “despersonalizar” o exercício do poder, promove o arbítrio e, ao cercear garantias fundamentais dos particulares, concorre para uma insustentável “des-racionalização” da concreta realização do direito³⁷⁷.

O fundamento é, pois, também associado à **memória histórica**, ao lastro histórico internacional, relações geradoras de um Direito Penal de raízes éticas³⁷⁸.

A punição da “*conspiracy*” (ou, na versão francesa, da “*entente en vue de commettre le génocide*”), com recurso ao Direito anglo-saxónico, surgiu num contexto histórico específico³⁷⁹⁻³⁸⁰, no final da II Guerra Mundial (conspiração com vista a iniciar uma guerra de agressão)³⁸¹.

³⁷² FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 176.

³⁷³ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 177.

³⁷⁴ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 623.

³⁷⁵ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 623.

³⁷⁶ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 627.

³⁷⁷ FERNANDO JOSÉ BRONZE, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra Ed., 1994, pg. 99.

³⁷⁸ FARIA COSTA, *O Perigo...*, pg. 466.

³⁷⁹ O TIJ considera que a “*Convenção (...)* revela a intenção de as Nações Unidas condenarem e de reprimirem o genocídio como um crime contra o Direito das gentes, que implica a recusa do direito à existência de grupos humanos inteiros, recusa que é conforme à consciência humana”.

³⁸⁰ Por exemplo, em relação à criminalidade governativa do regime nacional-socialista, não se tratava de uma “*actividade legítima do Estado nas suas próprias fronteiras*”, mas da “*preparação de*

É legítimo incriminar o acordo. Contudo, este é um juízo revisível; o acordo é ou poderá ser uma incriminação sucedânea de não se conseguir prevenir os desvarios político-estatais (no ER, o acordo não é incriminado, devido a uma ausência “atabalhoadá” (*supra*)).

Poder-se-á atingir-se os mesmos fins de Política Legislativa, mediante a incriminação de actos preparatórios de genocídio (mantendo crime de incitamento ao genocídio).

5. A afirmação preventiva de um princípio de auto-limitação do poder estatal ou para-estatal

Na génese social e doutrinal do fenómeno genocidário, este nasce fora do Estado, mas transporta-se normalmente para o seu seio³⁸². Este tipo de **criminalidade governativa**³⁸³, na fórmula de M. ARONEAU, é uma ordem pública assassina, um alegado “acto de soberania nacional”.

O auxílio da Criminologia é útil, nomeadamente a teoria culturalista da Escola de Chicago (SELLIN e o “conflito de culturas”³⁸⁴), a teoria de GABRIEL TARDE sobre a ligação do crime às leis de imitação³⁸⁵ (v. g., o caso do genocídio ruandês).

agressões internacionais, na sinistra intenção, abertamente expressa pelos nazis, de se servirem do Estado alemão como um instrumento de dominação dos outros países” (ROBERT JACKSON *apud* GRYNFOGEL, *Un concept juridique...*, pg. 1034).

³⁸¹ V. o relatório americano “*The Nazi Conspiracy*” e a defesa por ROBERT JACKSON da incriminação.

³⁸² Nas falas entre o rei Afonso IV e os seus Conselheiros, no Acto II da tragédia “*A Castro*”, de ANTÓNIO FERREIRA (salientado por FARIA COSTA, *Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português*, Coimbra, 1981, pg. 7) refere-se:

*“Conselheiro: O bem comum, Senhor, tem tais larguezas
com que justifica obras duvidosas”.*

³⁸³ A criminalidade governativa consiste nos factos criminosos, incluindo violações de direitos fundamentais, escutas, uso ilegítimo de violência, cometidos pelos governantes, entendendo estes como todos os titulares de cargos públicos de natureza genericamente executiva (LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona, 1996, pg. 11).

Em regimes ditatoriais, a criminalidade governativa é irrelevante, pois, nestes casos, “*a criminalidade governativa não pressupõe um verdadeiro problema nem jurídico nem político. Tal não só é devido à ausência de meios adequados para sancionar os governantes, mas também, sobretudo, ao facto de que o respeito da legalidade por parte daqueles não constitui um valor a salvaguardar.*” (LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*, pg. 17).

Deste modo, nos regimes ditatoriais, “*Sem embargo de haver formalmente mecanismos especificamente destinados a combater os comportamentos ilícitos, o significado destes é completamente distinto do império da lei próprio do constitucionalismo.*” (LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona, 1996, pgs. 18-19). Nos regimes ditatoriais, “*as proclamações formais sempre antepõem a consecussão de um objectivo supremo (...) à observância da legalidade. Esta tem apenas, na melhor das hipóteses, um puro valor instrumental.*” (ID., *ib.*).

³⁸⁴ V. TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º vol., pg. 248.

³⁸⁵ V. TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º vol., pgs. 233-234.

A Criminologia crítica³⁸⁶ opera uma redefinição criminológica do objecto do crime, sublinhada por T. PLATT, tendo por objecto o estudo do próprio Estado como instituição criminógena³⁸⁷.

Como refere CASTANHEIRA NEVES³⁸⁸, a ideologia é a absolutização do relativo; o político, por sua vez absolutiza a heteronomia institucional (o social, com as suas estruturas colectivas e de colectivismo).

Não se pode admitir a violência colectiva e o genocídio, especialmente quando são organizados pelo poder político.

O combate ao genocídio pressupõe a limitação dos poderes estaduais. O n.º 3 do art.º 239.º visa a prevenção da delinquência do Estado³⁸⁹ ou, mais rigorosamente, da delinquência estatal ou para-estatal.

A prevenção do genocídio implica que se possa prever o genocídio, as causas, origens e detecção de situações genocidárias ou pré-genocidárias (Trabalhos Preparatórios da R-96).

Com isto não pretendemos que o fundamento dos crimes seja a auto-limitação do poder estatal; afirmamos, sim, que desse modo se congrega um meio de prevenção qualificada³⁹⁰.

6. A salvaguarda da dignidade da pessoa humana, no “crime dos crimes”

A perspectiva da auto-limitação do Estado, ainda que preventiva, não é suficiente. Há que afirmar uma assumida dimensão ética, exterior aos órgãos de poder que se lhe encontram submetidos, fundada, em última instância, no conjunto de valores emergentes da essência do homem, destinatário desse poder³⁹¹.

³⁸⁶ V. TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º vol., pgs. 260-262.

³⁸⁷ “(...) *Precisamos duma definição de crime que espelhe a realidade dum sistema legal que assenta no poder e no privilégio. (...) Uma definição de índole socialista, perspectivada em função dos Direitos do Homem, permite-nos estudar o imperialismo, o racismo, o capitalismo (...). O Estado e o aparelho jurídico, em vez de dirigirem a nossa investigação, devem, pelo contrário, converter-se em tópicos centrais da investigação, como instituições criminógenas, implicadas em corrupção, fraude, genocídio.*” (T. PLATT *apud* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, 2.ª reimpressão, Coimbra Ed., 1997, pg. 60).

³⁸⁸ A. CASTANHEIRA NEVES, *Dignidade da pessoa humana e direitos do Homem in Digesta. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 2.º, Coimbra Ed., 1995, pg. 426.

³⁸⁹ FERRANDO MANTOVANI, *Sobre a exigência perene...*, pg. 147.

³⁹⁰ V. g., os poemas de BELTOLT BRECHT, que glosam o Estado nazi: “*Os medos do regime (...)* 3. *Mas também os próprios camisas-castanhas / Receiam o homem cujo braço não se ergue voando / E assustam-se diante de quem / Lhes deseje os bons-dias. / (...) / Levados pelo medo / Assaltam casas e rebuscam nas retretes / E é o medo / Que os faz queimar bibliotecas inteiras. Assim / O medo domina não só os dominados, mas também / Os dominadores.*” (trad. de Paulo Quintela, *Obras Completas*, FCG, IV, Lisboa, 1999, pg. 461); “*São estas as cidades onde aos berros / Gritámos “Heil” aos destruidores do mundo.*” (trad. de Paulo Quintela, *Obras Completas*, FCG, IV, Lisboa, 1999, pg. 461).

³⁹¹ MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *Apontamento...*, pg. 97(nota).

Para além dos fundamentos histórico e preventivo, existe um fundamento filosófico: o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da “*dignitas hominis*”, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto individual³⁹²⁻³⁹³.

A radical humanidade existente em cada homem leva a nossa ordem jurídica a reconhecer que todos e cada um de nós temos uma personalidade física e moral igualmente tutelada na sua essência³⁹⁴.

A dignidade é um bem jurídico essencial³⁹⁵, devendo ser “levada a sério”, devendo o Direito contribuir para dignidade de todas as pessoas³⁹⁶.

A ideia de humanidade (*humanitas*) enquanto repositório dos caracteres que qualquer homem tem em comum com todos os homens e que desde logo lhe assegura a sua dignidade (*dignitas, Menschenswürde*), não prejudica, antes se

³⁹² J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, pg. 225.

³⁹³ O mito com que abre “*De Dignitate Hominis*” revela que cada ser é o que é por sua natureza, excepto o homem. O homem é uma excepção no ser, não existe limite intransponível para a sua acção; em vez de receber a sua vida já pronta da ordem das coisas, ele tem o poder de lhe dar forma: tal a sua grandeza e a sua dignidade:

“*Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhuma limitação, determiná-la-ás por ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder de entregues. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo*” (GIOVANNI PICO DELLA MIRANDOLA, *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, trad. de Margarida de Lurdes Sirgado Ganho, Edições 70, Lisboa, 1989, pg. 53).

Da participação do homem na razão, deriva a dignidade incomparável de «fim-de-si-mesmo». A pessoa humana é um *Selbtzweck*, e não pode nunca ser tratada como coisa nem como meio, mas só simplesmente como fim (L. CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 1.º, Parte Histórica, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra Ed., 1995, pgs. 259-260). Fim-de-si-mesmo só pode ser a pessoa do homem: a personalidade é o mais alto fim do Estado, a pessoa humana e a personalidade dos indivíduos futuros e das gerações vindouras. Numa visão universalista, é para as pessoas que o Estado verdadeiramente existe, numa série interminável de todas as gerações. Tudo na vida humana está apontado ao futuro (CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 2.º, pg. 322).

KANT distinguia entre a liberdade (*Freiheit*) e o arbítrio (*Willkür*). tendo a primeira tem valor racional e moral, sendo o segundo um mero facto empírico destituído de valor (o fazer cada um aquilo que lhe apetece).

O fim do Direito é o de permitir sempre uma maior liberdade de cada um e de todos, à custa da esfera do seu arbítrio.

A partir de KANT, os filósofos recuaram por referência a ele — por preocupação de coerência e de desespero. Porque todos eles, à excepção de KARL JASPERS, abandonaram mais tarde ou mais cedo o conceito kantiano fundamental da liberdade e da dignidade do homem. O sacrifício destas ideias teve por resultado criar uma estranha melancolia que tem caracterizado a filosofia (HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pgs. 94-95).

Da dignidade do homem, ou seja, do facto de ele ser um valor em si mesmo e não simplesmente um meio para os fins dos outros, retira mais recentemente KARL LARENZ, na linha de KANT, que todo o ser humano tem, face a qualquer outro, um direito a ser respeitado por ele como pessoa e a não ser lesado no seu existir e na sua esfera própria, bem como é obrigado a respeitar o outro de modo análogo.

³⁹⁴ RADINBRANATH CAPÊLO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Ed., 1995, pg. 181 (sem prejuízo da tutela da identidade familiar, racial, linguística, política, religiosa e cultural, que não é incompatível, bem pelo contrário, com o princípio da igualdade e da proibição da discriminação do art.º 13.º da Constituição (RADINBRANATH CAPÊLO DE SOUSA, *O Direito Geral...*, pg. 249 (nota)).

³⁹⁵ Neste sentido, TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pg. 557.

³⁹⁶ TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pg. 559.

incorpora, na noção de individualidade (*Individualitas, Individualität*), que, em função de caracteres próprios, permite distinguir cada um dos homens e atribuir-lhes originalidade e irrepetibilidade³⁹⁷.

A criminalização do genocídio é uma conquista irreversível da Humanidade no caminho para a dignidade de todas as pessoas³⁹⁸⁻³⁹⁹.

“Os catálogos de direitos humanos são normalmente o reverso de violações ou atentados a bens ou qualidades humanas de algum modo tidos como fundamentais, com as óbvias variações históricas e geográficas”⁴⁰⁰.

Os seres humanos podem ser ameaçados e aniquilados quando os governos recusam a admitir a dignidade da pessoa humana e o respeito pelo direito dos povos à identidade cultural.

O genocídio é um crime contra a humanidade, no sentido de “crime contra o **estatuto do ser humano**” ou contra a própria **essência da humanidade**, segundo HANNAH ARENDT⁴⁰¹ (*supra*).

O objectivo último dos governos totalitários, para além de confiscar um poder global, é dominar completamente o homem. Os campos de concentração são laboratórios de uma experiência de dominação social⁴⁰².

Depois das experiências históricas de aniquilação do ser humano (o nazismo⁴⁰³ (o mito biológico do III Reich, da Comunidade do sangue e da raça, como forma de suprapersonalismo), o estalinismo, o polpotismo), a dignidade da pessoa humana significa o reconhecimento do “*homo noumenon*”, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República⁴⁰⁴.

O princípio da dignidade da pessoa humana justifica também a criminalização, não da decisão individual, mas da decisão concertada de atentar contra os alicerces básicos do género humano,

Em sociedades democráticas, cuja essência reside no princípio da liberdade, ligado à existência de respeito pela dignidade humana, sociedades que não se baseiam num monismo axiológico, mas que promovem até a diversidade

³⁹⁷ HUBSMANN *apud* RADINBRANATH CAPÊLO DE SOUSA, *O Direito Geral...*, pg. 112. O homem, embora individualizado, não é um ser isolado mas em permanente relação com os outros homens, com o mundo e consigo mesmo, assumindo aí especial relevo o mundo de valores a que ele aderiu, a ponto de lhe estruturar, moldar e significantizar a personalidade (*Personalität*).

³⁹⁸ Cfr. TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pg. 552.

³⁹⁹ Sem prejuízo dos direitos de quarta geração, caracterizados pelo seu carácter poligonal ou multidimensional, como o direito dos poros à paz e ao desenvolvimento (JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental...*, pg. 49 (nota)).

⁴⁰⁰ TERESA PIZARRO BELEZA, *Sem Sombra de Pecado. O Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal*, separata de *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, Lisboa, 1996, pg. 24.

⁴⁰¹ HANNAH ARENDT, *Eichmann à Jérusalem*, pg. 1277.

⁴⁰² HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pgs. 156-157.

⁴⁰³ Sobre a Alemanha do nacional-socialismo e a ideia de povo na base de critérios biológicos mitigados historicamente, entre nós, v. JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Ed., 2002, pgs. 197-198, 296; JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*, Coimbra, 1987, pgs. 150-167 (sobre os sistemas constitucionais fascistas e fascizantes, v. JORGE MIRANDA, , pgs. 194ss.).

⁴⁰⁴ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, pg. 225.

ética como algo de intrinsecamente valioso, sociedades pluralistas e, necessariamente, compromissórias⁴⁰⁵.

Proíbe-se, em particular, as organizações políticas e sociais de tratarem a pessoa de modo a que ela não possa representar a contingência do seu corpo como momento de uma própria, autónoma e responsável individualidade.

O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem cimenta esta ideia (com reflexos na ordem constitucional portuguesa (art.º 16.º, n.º 2, da Constituição)), na vertente da função interpretativa do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁰⁶, uma esfera constitutiva da República Portuguesa⁴⁰⁷.

A **intangibilidade** da dignidade da pessoa humana, como norma fundamental de todo o sistema de valores da Constituição, a par dos direitos fundamentais, é o único ponto fechado na caracterização material do Estado de Direito⁴⁰⁸. A criminalização do acordo é uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, uma dignidade projectada e realizada para e com os outros, para a diversidade e no seu respeito, solução que, como um corte do nó-górdio, resolve o problema da atribuição ao Todo e do perigo de exclusionismos.

⁴⁰⁵ MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, «Constituição e Crime»..., pgs. 136-137.

⁴⁰⁶ Neste sentido, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional — entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1998, pg. 1493.

⁴⁰⁷ Por exemplo, a consideração de o presos não serem homens, mas “*Häftlinge*” contradiz o princípio da dignidade da pessoa humana. Atendendo ao princípio metodológico “*Entia non sunt multiplicanda*”, de GUILHERME DE OCKHAM, segundo o qual não precisamos de fazer apelo para explicações complicadas quando temos à mão de semear qualquer explicação mais simples.

Basta que reconheçamos a utilidade humana da protecção dos grupos, conotáveis da humanidade como um todo, para que termos descoberto, do mesmo passo, a razão primitiva da inclusão no catálogo de bens jurídicos (cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, *Vale a pena o direito penal*, pg. 100). Que melhor expressão da negação da dignidade humana do que o genocídio? A relação de respeito recíproca constitui a relação jurídica fundamental, a base de toda a convivência numa comunidade jurídica e de toda a relação jurídica em particular.

“*Mesmo a própria indução dita humanidade não pode esquecer o homem, cada homem concreto, de carne, sangue e sonhos, cada eu nas suas circunstâncias, esse verdadeiro centro do mundo, esse fim em si mesmo, esse ser que nunca se repete.*” (JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pg. 39). A violência cometida para com o membro mais ínfimo da espécie humana afecta toda a humanidade; a liberdade de um homem é uma parcela da liberdade universal: não se pode atingir uma sem comprometer, simultaneamente a outra (VICTOR SCHOELGER, defensor da abolição da escravatura). O *cosmos* da comunidade mundial está imanente no próprio *microcosmos* do indivíduo (JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pg. 67). Porque cada ser humano reflecte o universo enquanto um todo, conforme nos ensinam os estoicos e LEIBNIZ. Por dentro da mais pequena célula desse todo, ao lado da dimensão individual, existe uma dimensão social, que tem de ser entendida de forma ampla (JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pg. 67) (cada indivíduo, como verdadeiro centro do mundo, como ser que nunca se repete, dá vida a uma pluralidade de pertenças, a uma pluralidade de grupos, a uma rede de poderes, na qual, por articulações horizontais e verticais, se estabelecem as instituições, os valores e as essências fazendo. Essências que só se realizam quando se enraízam nas existências, objectividades sociais que só estão vivas quando se radicam no húmus das subjectividades. A ideia de obra ou de instituição apenas se torna permanente quando é objecto das adesões individuais, das comunhões de pessoas, das regras vivificadas, das formas de poder institucionalizadas (JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pg. 34)).

Cada indivíduo deve interessar-se pelo inocente oprimido, sob pena de ser vítima, por sua vez, quando vier um mais forte do que ele para o subjugar (VICTOR SCHOELGER).

⁴⁰⁸ JORGE REIS NOVAIS, *Contributo...*, pgs. 227-228.

7. A violação dos limites últimos da justiça

O princípio do Estado de Direito determina que o Direito Penal se deve orientar para o ideal de Estado justo⁴⁰⁹.

A base antropológica dos direitos do homem **proíbe a aniquilação dos direitos de outros homens**, designadamente quando essa aniquilação equivale à **violação dos limites últimos de justiça**⁴¹⁰, ínsita, nomeadamente, à proibição constitucional (art.º 13.º, n.º 2, da Constituição)⁴¹¹.

A criminalização do acordo assume, assim, a função de negação da negação, ou de neutralização da negação, preenchendo um espaço de decisão valorativa, com base normativa e com guarida jusconstitucional.

A igualdade é o centro de gravidade da natureza humana⁴¹².

O genocídio é uma ruptura qualificada do princípio da igualdade. Segundo n.º 1 o art.º 13.º da Constituição, todos “*têm a mesma dignidade social*” e uma mesma dignidade interior, natural ou íntima, constituindo ambas a dignidade da pessoa humana referida no art.º 1.º⁴¹³.

§ 3.ª

PROPOSTA “DE JURE CONDENDO” DE INCRIMINAÇÃO DE ACTOS PREPARATÓRIOS “PROPRIO SENSU” COM VISTA À PRÁTICA DE GENOCÍDIO

Os crimes de perigo abstracto são fabricados através de uma ideia de realização vinculada. De uma estrita e rigorosa realização vinculada⁴¹⁴. Os crimes de perigos abstracto são dogmaticamente aceitáveis — e jurídico-constitucionalmente inobjectáveis — se e na medida em que for neles respeitado o princípio da determinabilidade do tipo e afastada qualquer presunção de culpa⁴¹⁵.

Tendo em conta experiências anteriores, como a do genocídio nazi, com a preparação de campos de concentração, ou como a do genocídio no Ruanda — com a preparação de listas de pessoas para serem eliminadas, com a distribuição

⁴⁰⁹ JESCHECK, *Tratado...*, I, pg. 34.

⁴¹⁰ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, pg. 410.

⁴¹¹ A injunção de igualdade, ou de não discriminação, está contida, como princípio geral dos direitos fundamentais, no art.º 13.º da Constituição, sendo reafirmado noutros lugares (v. TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pgs. 110 ss., 129 ss.).

⁴¹² RADINBRANATH CAPÊLO DE SOUSA, *O Direito Geral...*, pg. 289.

⁴¹³ RADINBRANATH CAPÊLO DE SOUSA, *O Direito Geral...*, 288.

⁴¹⁴ FARIA COSTA, *Artigo 272.º*, pg. 884.

⁴¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. Um contributo para a Reforma do Direito Penal Económico e Social Português in Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Volume I. Problemas Gerais*, EDUARDO CORREIA et al., Coimbra Ed., 1998, pgs.35-74 (publicado originariamente na *RLJ*, ano 116.º, 1983-84, 1 117.º, 1985-85), pg. 65.

de armas a civis, com a formação de milícias —, torna-se necessário repensar a criminalização, expandindo-a para os actos preparatórios.

Exige-se, pois, que os actos preparatórios o sejam «de um determinado facto» de modo a que o agente só seja punido quanto tiver praticado actos importantes, idóneos e relevantes de uma intenção definida. Estas limitações são a garantia de que a punição não se afasta da razoabilidade e da justiça.

Assim se adensa a proibição, definindo específica e taxativamente quais o legislador considera criminalmente puníveis⁴¹⁶.

Existem diferentes técnicas de criminalização dos actos preparatórios: i) por vezes, as acções são descritas e limitadas as formas por que são punidas as acções de preparação dos crimes: fabrico, importação,..., fornecendo um catálogo de actos preparatórios extremamente pormenorizado e densificado (artigos 331.º, 344.º, 274.º, 275.º, 272.º); ii) noutros, predominam as preparações não tipicizadas, como poderia suceder na incriminação de actos pré-executivos do genocídio⁴¹⁷.

CONCLUSÕES

1. O acordo é um crime plurissubjectivo, com carácter unilateral ou de convergência.

2. O acordo é uma incriminação que consta de fontes tanto no plano internacional, a partir do segundo pós-guerra, como no plano nacional.

3. A dogmática do acordo é desenvolvida no Direito anglo-saxónico.

4. O acordo é um crime de perigo abstracto.

5. Como tal, embora o contacto seja mais distante, o bem jurídico protegido não é obnubilado nem imune ao bem jurídico concretamente protegido com a incriminação do genocídio.

6. O acordo tem como figuras afins a conjura, o conluio e a conspiração (esta figurando na Parte Geral).

7 O acordo difere dos actos preparatórios, pois pertence a uma fase anterior — a fase comunicativa.

8. O acordo difere de outras figuras, como as situações de comparticipação criminosa (*fattispecie* monosubjectiva, eventual, em virtude da tipicidade acessória da Parte Geral), a circunstância agravante do pacto prévio do crime, a figura histórica do “*complot*” o acordo prévio, o acordo que exclui o preenchimento do tipo e o consentimento, o incitamento ao genocídio, e a associação criminosa.

⁴¹⁶ Cfr. FARIA COSTA, *Artigo 272.º*, pg. 885.

⁴¹⁷ Em matéria de crimes contra a Humanidade, é relevante o novo art.º 275.º do CP, sob epígrafe “*Substâncias explosivas ou análogas a armas*” (alterado pela Lei n.º 98/2001), no seu n.º 1, na parte em que refere: “*Quem (...) trazer consigo arma classificada como material de guerra*”.

Na alteração de 2001, a nível do preceito secundário, os limites mudaram, variando agora entre 2 e 5 anos, ao invés do limite máximo da pena até 3 anos ou com pena de multa.

9. O tipo objectivo é preenchido por dois ou mais sujeitos.
10. O acordo é um crime formal.
11. A acção típica consiste na concertação de esforços e de vontades.
12. O acordo tácito é possível.
13. O «*contrato criminal*» tem de convergir no essencial, nomeadamente na resolução da prática concreta e na resolução de execução ou de levar à prática o genocídio.
14. Não se exige que o acordo seja minuciosamente detalhado.
15. O acordo não exige que os agentes realizem actos executivos de genocídio.
16. Uma decisão baseada em factos hipotéticos (acordo condicionado) não afasta o preenchimento do tipo, por aplicação analógica das regras relativas ao dolo condicionado (decisão baseada em factos hipotéticos).
17. Sendo um crime de perigo, o tipo subjectivo não coincide inteiramente com o do genocídio.
18. O dolo presente no acordo é uma manifestação antecipada do dolo do crime principal.
19. Na configuração do dolo no acordo, prescinde-se da modalidade do dolo eventual, uma vez que o crime doloso da Parte Especial não tem de se expressar sempre de acordo com a norma da Parte Geral, o n.º 3 do art.º 14.º do Código Penal.
20. O acordo, tal como o genocídio, contém ainda um elemento subjectivo especial de ilicitude (“*com intenção de destruir...*”), concretamente uma tendência interna excessiva, sem correspondência com o tipo objectivo.
21. A justificação por legítima defesa da conspiração não é concebível, devido à presença do elemento subjectivo especial de ilicitude.
22. A consumação ocorre quando os conjurados, estando no mesmo local, cheguem a um acordo unânime. Estando em sítios diversos, a perfeição da declaração tem lugar aquando do conhecimento pelos restantes concertados.
23. A desistência aproveita ao agente, devendo este adoptar uma resolução contrária e comunicá-la aos restantes comparsas.
24. A participação na acção de conspiração é possível, pois as regras de tipicidade integrativa constantes na Parte Geral, sendo supletivas e supridoras das lacunas da Parte Especial, são compatíveis com os crimes de participação necessária e ajustadas aos limites típicos e valorativos do sistema de comparticipação.
25. Determinados comportamentos no acordo são susceptíveis de preencher quer a tipicidade objectiva da instigação quer a tipicidade subjectiva da cumplicidade.
26. Na dinâmica da progressão criminal, o crime principal pode ser executado ou não.
27. Nos casos de tentativa ou de consumação do crime de genocídio, existe uma relação de concurso aparente com o crime de acordo, pela via da subsidiariedade (crime de perigo — crime de dano) ou pela via da consumpção (“acto preparatório” — facto consumado, crime formal — crime material).

28. A moldura penal do n.º 3 do art.º 239.º é menor do que as do genocídio (n.º 1 do art.º 239.º) e do incitamento (n.º 2 do art.º 239.º).

29. Como crime contra a Humanidade, existem especificidades processuais penais.

29. O argumento da impunibilidade das fases anteriores à tentativa cede ante a consideração do bem jurídico protegido.

30. A incriminação assume um valor simbólico, declaratório, recuando até à fase comunicativa.

31. A conspiração representa um perigo de execução do facto, pelo que há uma necessidade criminal de “prevenção”, no sentido de alargamento da punibilidade.

32. A incriminação não visa a punição de um “Direito Penal do sentir”, manifestando-se, ao invés, os mecanismos da vinculação conspiracional e da acessoriedade hipotética.

33. A punição do acordo esteia-se também em razões de política criminal, inserindo-se num mecanismo complexo de repressão.

34. A conspiração deve ser incriminada pontualmente, apenas em crimes graves, como o do genocídio, não com carácter geral.

35. O fundamento material da incriminação leva em conta estarmos em presença de um crime de gravidade extrema, intolerável, ao negar a dignidade do Homem e ferir os fundamentos da existência comunitária.

36. O lastro histórico jusinternacional, as determinantes históricas permitem compreender a estrutura deste crime de perigo abstracto.

37. Afirma-se preventivamente um princípio de auto-limitação do poder estatal ou para-estatal.

38. A incriminação baseia-se, em última análise, na dimensão exterior constituída pelo princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que o genocídio atenta contra o estatuto do ser humano, contra a essência da humanidade.

39. O genocídio viola os limites últimos da justiça, constituindo uma ruptura qualificada do princípio da igualdade.

40. “*De jure condendo*”, propomos a densificação pelo Legislador de actos preparatórios com vista à prática de genocídio.

ANEXOS

ANEXO I EXEMPLOS DE GENOCÍDIO

1) Genocídio dos Hebreus no Egípto

Um exemplo de genocídio figura no *Êxodo* (1, 8-22)⁴¹⁸⁻⁴¹⁹:

“Subiu, então, ao trono do Egípto, um novo rei que não conhecera José. E ele disse ao seu povo: «Reparai, os filhos de Israel constituem um povo mais numeroso e poderoso do que nós. Temos de proceder astuciosamente contra eles, a fim de impedirmos que se desenvolvam ainda mais e, no caso de sobrevir uma guerra, se aliem aos nossos inimigos para os destruírem, saindo, depois, desta terra». Nomearam, então, capatazes para os oprimirem com trabalhos penosos. E, assim, construíram as cidades de Pitom e Ramsés, que eram depósitos à ordem do Faraó. Todavia, quanto mais os oprimiam, mais se multiplicavam e aumentavam; e os egípcios começaram a odiar os filhos de Israel. Os egípcios impuseram a mais implacável servidão aos filhos de Israel. Faziam-lhes passar uma vida amarga, submetendo-os a violentos trabalhos de barro e tijolos, e a toda a espécie de serviços agrícolas; e, cruelmente, impunham-lhes todas estas tarefas. O rei do Egípto chamou, também, as parteiras dos hebreus, cujos nomes eram Séfora e Fua, e disse-lhes: «Quando assistirdes aos partos das mulheres dos hebreus, observareis a criança: se for rapaz, matai-o; se for rapariga, deixai-a viver». Mas as parteiras, que temiam a Deus, não cumpriram a ordem do rei do Egípto, e deixaram viver os rapazes. O rei mandou-as chamar novamente e disse-lhes: «Porque procedestes dessa maneira deixando viver os rapazes?» Responderam ao Faraó: «Porque as mulheres dos hebreus não são como as dos egípcios: elas são vigorosas, dão à luz mesmo antes de chegar a parteira». Deus recompensou as parteiras e o povo continuava a multiplicar-se e a aumentar. Porque as parteiras temeram a Deus, Ele protegeu as suas famílias.

Então o Faraó deu a seguinte ordem a todo o seu povo: «Lançareis ao rio todos os indivíduos do sexo masculino que nasceram aos hebreus e deixareis viver todas as raparigas.»

2) Genocídio dos Arménios no Império Otomano

O genocídio dos Arménios é o primeiro do século XX⁴²⁰.

O Ittihad, pequeno grupo de homens que fazem parte do comité central deste partido ou dele próximo, planeiam eliminar a maioria dos Arménios do Império Otomano e extirpar definitivamente os que vivem nas províncias orientais.

⁴¹⁸ A cena pode ser visualmente imaginada, através do filme *“Os Dez Mandamentos”*.

⁴¹⁹ Outros exemplos de genocídio na Bíblia são narrados no Deutoronómio (capítulo 2, nomeadamente 1-3, 15-17, 34) e nos Números (capítulo 31).

⁴²⁰ Sobre o genocídio dos Arménios, v. YVES TERNON, *Les Arméniens. Histoire d'un génocide*, Éditions du Seuil, s.l., 1996 (reimpressão).

A I Guerra Mundial — ou a “*Grande Guerra*”, como então era chamada —, fornece a oportunidade de recorrer ao genocídio para resolver a questão arménia. As comunicações civis estão em parte interrompidas e as informações circulam mal.

O Ittihad recorre a uma organização especial de cobertura: o Techkilât-i Mahsoussé (prova da premeditação do crime a vontade de camuflar quem o acompanha⁴²¹ e da vontade de decapitar a comunidade arménia).

As primeiras medidas genocidárias são tomadas entre Novembro de 1914 e Março de 1915.

Entre Abril e Maio de 1915, Zeiton é o banco de ensaio do genocídio arménio, mediante a deportação, dizimando pela fome e pela exposição ao abandono.

Uma lista negra de 300 a 600 nomes circula no programa de deportação.

Na noite de 24 para 25 de Abril de 1915, uma vasta operação, montada pelo Prefeito de polícia de Constantinopla, para prender todas as personalidades arménias de Constantinopla, prende redactores e jornalistas do jornal “*Azatomart*”, intelectuais (escritores, poetas e jornalistas; médicos, advogados), num total de 270 pessoas, presas no domicílio.

O Ministro do Interior justifica a medida; vai dizendo que não há prova do “*complot*” arménio e que em breve serão libertados.

As autoridades acusam os Arménios de espionagem e de traição; iniciam a deportação colectiva das cidades e vilas suspeitas.

Em 30 de Maio, o Conselho de Ministros publica um decreto geral de deportação, veiculando uma aparência humanitária, prevendo medidas de protecção das pessoas e bens, sendo completado por regulamentos de reinstalação dos Arménios.

Na prática, as autoridades fecham escolas arménias, suprimem a imprensa arménia.

A deportação fazia, pois, parte de um plano geral de exterminação⁴²².

O plano, executado com precisão, era supervisionado pelo Ministro do Interior, que passará pela eliminação dos chefes políticos e dos notáveis; por perseguições, prisões, execuções massivas de homens; pela destruição de vilas vizinhas.

Entre Maio e Julho, serão atingidos os Arménios das “*vilayet*” orientais; a partir daí, a captura será no resto do Império.

A população arménia é reagrupada: os homens válidos são separados, enviados em pequenos grupos para as cidades e mortos. Mulheres, velhos e crianças são organizados em comboios que tomam a rota da deportação.

As rotas de deportação estão cheias de cadáveres. O centro operacional do genocídio é em Erzeroum.

Numa estimativa, dos 1800 000 Arménios no Império Otomano, 600 000 foram assassinados no local, 600 000 no decurso da deportação, num total de 1200 000 vítimas de genocídio.

Cerca de 200 000 Arménios refugiaram-se no Cáucaso; 150 000 escaparam à deportação: Arménios de Constantinopla e de Esmirna. No total, existem 800 000 de um universo de 1200 000 vítimas. É um povo inteiro que perece.

3) Genocídio nazi

⁴²¹ YVES TERNON, *Les Arméniens...*, pg. 226.

⁴²² YVES TERNON, *Les Arméniens...*, pg. 251.

3.1 Não há história mais difícil de contar em toda a história da humanidade do que esta, revelando a monstruosa igualdade na inocência⁴²³⁻⁴²⁴.

O III Reich, segundo os nazis, devia durar mil anos.

Os poemas de BRECHT referem-se ao sistema totalitário implantado pelo regime nazi⁴²⁵.

⁴²³ HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pg.118.

⁴²⁴ Sobre o genocídio nazi, a literatura é inúmera. V., nomeadamente, AA.VV., *Die nationalsozialistischen Konzentrationslager*, org. de Ulrich Herbert / Karin Orth / Christoph Dieckmann, 2 vols., Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 2002; HANNAH ARENDT, *Compreensão e Política e Outros Ensaios. 1930-1954*, trad. de Miguel Serras Pereira, Relógio d'Água, Antropos, Lisboa, 2001; ID., *Les Origines du totalitarisme (...)*, éd. établie sus la direction de Pierre Bourretz, trad. de Micheline Ponteau, Martine Leiris, Jean-Loup Bourget, Robert Davreau, Patrick Lévy, Gallimard, s.l., 2002; ID., *Eichmann à Jérusalem*, éd. établie sus la direction de Pierre Bourretz, trad. de Anne Guérin (1966), ver. por Michelle-Irène Brudny-de-Launay (1991), pour folio histoire révisée pour la présente édition par Martine Leibovici, Gallimard, s.l., 2002; PIERRE AYÇOBERRY, *et al.*, *L'Allemagne de Hitler. 1933-1945*, Éditions du Seuil, s.l., 1991; DAVID BANKIER, *Los Alemanes y el Genocidio Judío. Consciencia, Memoria y Represión in El genocidio ante la historia y la naturaleza humana*, BEATRIZ GUREVICH / CARLOS ESCUDÉ *et al.*, Universidad Toccuato Di Tella, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1994, pgs. 141 ss.; ZYGMUNT BAUMAN, *Racismo, Antirracismo y Progreso Moral in El genocidio ante la historia y la naturaleza humana*, BEATRIZ GUREVICH / CARLOS ESCUDÉ *et al.* Universidad Toccuato Di Tella, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1994, pgs. 47 ss.; ID., *Modernidade e Holocausto*, trad. de Modernity and the Holocaust, Oxford, 1996, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1998; M.A. BOISSARIE, *Rapport General sur la repression des crimes nazis contre l'humanité et sur la protection des libertés démocratiques in RIDP*, 1948, n.º 1, pgs. 201-207 (= *Rapport General sur la repression des crimes nazis contre l'humanité et sur la protection des libertés démocratiques in RIDP*, 1948, n.º 2, pgs. 11-26); BURRIN PHILIPPE, *Fascisme, nazisme, autoritarisme*, Éditions du Seuil, s.l., 2000; CLAUDE BERTIN, (ed.), *Os Criminosos de Guerra. Eichmann. Tóquio*, Amigos do Livro, Camarate, s.d.; INGA CLENDINNEN, *Um Olhar sobre o Holocausto*, trad. de Ana Mata, Prefácio, Lisboa, 1999 (original: *Reading the Holocaust*, Cambridge University Press); ÉDUARD CONTE / CORNELIA ESSNER, *La Quête de la Race. Un anthropologie du Nazisme*, Hachette, 1995; DANIEL FEIERSTEIN, *Seis estudios sobre genocidio. Analisis de las relaciones sociales: otrdad, exlcusión y exterminio*, Eudeba, Buenos Aires, 2000; RAUL HILBERG, *Die Vernichtung der europäischen Juden*, 3 vols., Geschicht Fischer, Frankfurt am Main, 1990; EUGEN KOGON, *L'État SS. Le système des camps de concentracion allemands*, Éditions de la Jeune Parque, Manchecourt, s.l., 1993 (original *Der SS Staat. Das System der deutschen Konzentrationslager*, Frankfurt a.M., 1946); ROBERT JAN VAN PELT / DEBORÁH DWORK, *Auschwitz. Von 1270 bis heute*, Pendo, s.l., 2000 (original: *Auschwitz. 1270 to the Present*, Nova Iorque, 1996); MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação. A vida e a morte nos 18 campos de concentração e de extermínio*, trad. de António Moreira e Maria da Piedade Moreira, Notícias, Lisboa, 1998 (original: *Le Livre de la Déportation*); PATRICK WAGNER, *Hitlers Kriminalisten. Die deutsche Kriminalpolizei und der Nationalsozialismus. Zwischen 1920 und 1960*, Beck, Munique, 2002.

⁴²⁵ "Dificuldade da governação

1. *Os ministros proclamam incessantemente ao povo / Quão difícil é governar. Sem os ministros / o Trigo cresce pra dentro da terra em vez de pra cima. / Nem uma pedrinha de carvão sairia da mina / Se o Führer não fosse tão sábio. Sem o Ministro da propaganda / Nenhuma mulher se deixaria engravidar. Sem o Ministro da Guerra / Nunca viria uma guerra. Mais: seria muito duvidoso que, / Sem o beneplácito do Führer, o Sol nascesse / De manhã, e se nascesse, então / Seria no sítio errado.*

(...) 3. *Se a governação fosse fácil / Não eram precisos espíritos luminosos como o Führer"*

"4. *Ou acaso será / Que a governança seja tão difícil / Por se ter de aprender a explorar e a vigarizar?"* (trad. de Paulo Quintela, *Obras Completas*, FCG, IV, Lisboa, 1999, pg. 457).

"O Governo como artista

1. *Na construção de palácios e estádios / Gasta-se muito dinheiro. O governo assemelha-se muito a um jovem artista / Que não receia a fome se se trata / De tornar célebre o seu nome. É verdade / Que a fome, que o governo não receia. / É a fome dos outros, quer dizer / A do povo* (trad. de Paulo Quintela, *Obras Completas*, FCG, IV, Lisboa, 1999, pg. 467).

"(...) 5. *Em face da poderosa força do regime / Dos seus acampamentos e caves de tortura / Dos seus polícias bem nutridos / Dos seus juízes intimidados ou subornados / Dos seus ficheiros com as listas*

HITLER usa a propaganda moderna. Os nazis tinham as suas próprias ideias, precisavam de técnicas e de especialistas técnicos⁴²⁶.

HEINRICH HIMMLER é o homem ao qual alguns historiadores atribuem a decisão do genocídio hebraico e que, desde 1929, está à frente das SS.

As ideias sobre a criação biológica de uma nova raça derivam de LANZ VON LIEBENFELS.

O objectivo final de HITLER é o da criação de uma nova elite ariana e do seu domínio mundial, a nova humanidade.

HITLER e os seus homens de confiança vão decidir que a Solução Final para a Questão Judaica é a exterminação, numa Europa reestruturada de acordo com as definições raciais: não uma mera deportação da Alemanha, mas uma eliminação.

As etapas do programa são “cientificamente” fixadas.

“A consecução da finalidade mitificada do povo alemão, (...) determinada pela origem, o sangue, a hereditariedade e o passada, tornada destino a cumprir, não só autoriza como impõe ao Estado, centralizador e catalizador de tal destino, a eliminação sistemática de todos os elementos da população que constituem obstáculos à sua realização última”⁴²⁷, para a conservação da raça na sua pureza (HITLER).

3.2 MARCEL RUBY⁴²⁸ divide em três políticas nos campos de concentração:

— entre 1933-1939: políticas de exclusão;

— entre 1939-1945: destruição dos inimigos nazis;

— entre 1942-1945: alguns campos mudam de finalidade, passando a fornecer mão-de-obra escrava à economia de guerra.

Visa-se a eliminação física dos seres cuja nocividade se funda na sua improdutividade, nos custos inúteis a suportar pelo erário público, nos riscos de contaminação da descendência, ou seja, os velhos, os doentes incuráveis, os portadores de anomalia psíquica grave e irreversível, ou de doença venérea, as vidas indignas de serem vividas.

3.3 Os passos iniciais

A primeira etapa do “*complot*” foi iniciada pela Alemanha em 1933, traduzindo-se concretamente em perseguições, deportações e assassínios.

Mediante as leis de excepção, caracterizadas pela falta de generalidade, os Judeus são progressivamente privados dos seus direitos.

Primeiro, houve que definir quem era judeu.

de suspeitos / Que enchem edifícios inteiros até ao telhado / Deveria supor-se que ele não teria que recear / A palavra franca dum homem simples.” (trad. de Paulo Quintela, *Obras Completas*, FCG, IV, Lisboa, 1999, pg. 462).

“Necessidade da propaganda

(...) 2. Quando o regime num só dia / Mandou abater mil pessoas, sem / Instrução nem sentença judicial, / O Ministro da Propaganda louvou a infinita paciência do Führer / Por ter esperado tanto com a matança / E ter cumulado os patifes de bens e postos de honra / Num discurso tão magistral que nesse dia / Não só os parentes das vítimas / Mas até os próprios carrascos choraram.” (trad. de Paulo Quintela, *Obras Completas*, FCG, IV, Lisboa, 1999, pg. 458).

⁴²⁶ HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pg.123.

⁴²⁷ MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *Apontamento...*, pgs.88-89.

⁴²⁸ MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 88.

Em Setembro de 1935, é publicado durante o congresso anual do partido nazi, o decreto intitulado “*Para a protecção do sangue e da honra alemães*”, determinando que são declaradas judias as pessoas que têm dois avós judeus, que são elas próprias de confissão judaica ou têm um cônjuge judeu, assim como todas as pessoas que tenham três avós judeus. São consideradas como “*parcialmente judias*” (*Mischlinge* ou mestiços) as pessoas que tenham um avô judeu, ou que tenham dois avós judeus que não sejam de confissão judaica e não tenham cônjuges judeus. São interditados os casamentos mistos de arianos e judeus (4 de Novembro de 1933), o concubinato misto (23 de Novembro de 1933), as relações sexuais mistas.

A segregação exprime-se também mediante medidas discriminatórias no plano profissional: reforma de funcionários judeus (7 de Abril, 11 de Abril e 8 de Agosto de 1933), expulsão da função pública (30 de Junho de 1933), da imprensa e do espectáculo (4 de Outubro e 19 de Dezembro de 1933), da medicina (2 de Abril de 1933, 13 de Dezembro de 1935 e 25 de Julho de 1938), da farmácia (26 de Março de 1933 e 3 de Abril de 1936), do comércio (18 de Março de 1936), da indústria (23 de Novembro de 1938), da função veterinária (3 de Abril de 1936) ou camponesa (3 de outubro e 29 de setembro de 1939) (com venda forçada dos bens dos camponeses judeus), do exército (26 de Junho de 1936)⁴²⁹.

É imposto um *numerus clausus* à entrada dos estudantes nas escolas e nas universidades (22 de Abril de 1933).

Os judeus têm então bilhetes de identidade especiais, passaportes especiais. Os bens judeus e os capitais judeus devem ser declarados; são primeiro congelados e depois liquidados (3 de Dezembro de 1938, 16 de Janeiro e 21 de Fevereiro de 1939); é-lhes aplicado um imposto especial de 1000 milhões de marcos por terem provocado “*a justa cólera do povo alemão*”.

3.4 Entre 1939 e 1941, é executado programa de FRANZ STANDL, de eutanásia para alemães com deficiências físicas ou mentais.

Os passos do programa consistem na elaboração de listas secretas, transporte secreto das vítimas dos autocarros fechados com as cortinas corridas, recepção, causando a morte, através de gás ou de injeções, mais de 80000 alemães com deficiências físicas ou mentais.

3.5 O extermínio dos judeus

“*Os homens não sabem que tudo é possível*”⁴³⁰. Assim sintetiza DAVID ROUSSET, sobrevivente do campo de Buchenwald, o horror do genocídio.

A singularidade do extermínio dos judeus é a de que visa um grupo específico de seres humanos, incluindo os velhos, as crianças, mesmo as de tenra idade. É um crime de massacre organizado.

Grupos humanos encurralados, viajavam, de um a dez dias, em condições miseráveis, sem água, comida ou instalações sanitárias; depois, separavam as pessoas

⁴²⁹ Informações recolhidas em MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 21.

⁴³⁰ DAVID ROUSSET, *L'Univers concentrationnaire*, 1946, pg. 81 (*apud* HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme (...)*, éd. établie sus la direction de Pierre Bourretz, trad. de Micheline Ponteau, Martine Leiris, Jean-Loup Bourget, Robert Davreau, Patrick Lévy, Gallimard, s.l., 2002, pg. 609).

individualmente das famílias e amigos, atirando-os para o meio de estranhos, despindo-os de todos os haveres, roupa, cabelo:

fome; mais tarde, direito à panela da sopa comunal.

Uma Carta de JACOB SCHULMANN, rabi da Sinagoga de Grabow, em Lodz, em 19 de Janeiro de 1942, refere:

“Infelizmente, para nosso maior infortúnio, sabemos já tudo o que se passa. Falei com uma testemunha que escapou. Ela contou-me tudo. Eles estão a ser exterminados, em Chelmno, próximo de Dombie, e são todos encerrados na floresta de Rzusow. Os judeus são mortos de duas maneiras: por fuzilamento ou pelo gás. Isto acabou de acontecer a milhares de judeus de Lodz.

Não creias que isto é escrito por um louco.”

Cerca de mais de meio milhão dos judeus polacos terá morrido dentro dos guetos, a maior parte de fome. Os fornecimentos de comida eram dolosamente inadequados.

3.5.1 Os campos de concentração e os campos de extermínio

Os campos em análise são, na expressão de HANNAH ARENDT⁴³¹, as “*fábricas da morte*”.

Logo em 20 de Março de 1933, abre o campo de Dachau.

Foram construídas fábricas com o único fim de exterminar judeus pelo gás, nomeadamente em Chelmno, em Balzec e em Sobidór. São ao todo doze campos de concentração e seis campos de extermínio. Estes são uma inovação nas guerras contemporâneas: não se trata de campos de prisioneiros de guerra ou de campos de represálias, mas de campos que permitem reduzir seres humanos à escravidão, de os explorar antes de os destruir⁴³².

Ao passo que os campos de concentração são “*campos de morte lenta*”, nos campos de extermínio, a morte é imediata.

Em Auschwitz, o portão de entrada tem a seguinte inscrição gravada “*Arbeit macht frei*” (“*O trabalho liberta*”) (tal como noutros campos, como Flossenbürg e Sachsenhausen)⁴³³.

RUDOLPH HOESS, que faz toda a sua carreira nos campos de concentração, toma o comando do pequeno campo de Auschwitz; constrói a sua fábrica em Auschwitz-Birkenau, como complemento de Auschwitz I. Irá transformá-lo num campo mais eficiente de todos os campos da morte.

Auschwitz tem um vasto complexo concentracionário:

- Auschwitz I, o campo central (*Stammlager*), campo de concentração;
- Auschwitz II-Birkenau, o campo de extermínio (*Vernichtungslager*);
- Auschwitz III, o campo de trabalho.

Existe uma selecção imediata à chegada de um comboio; separam os maridos (e os filhos) das mulheres; existe um selecção dos médicos SS dos aptos para o trabalho; alguns, em Auschwitz II-Birkenau, como mulheres com crianças pequenas, homens de aparência doentia ou delicada, são directamente conduzidos para as câmaras de gás.

⁴³¹ *Compreensão...*, pg. 119.

⁴³² MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 409.

⁴³³ No campo de Buchenwald, no pórtico de ferro forjado da entrada do campo, constava a inscrição “*Jedem des seine*” (“*A cada um o seu dever*”).

Constitui uma nota relevante o isolamento absurdo que separa os campos do mundo exterior, como se os seus ocupantes já não fizessem parte do mundo dos vivos⁴³⁴, dificilmente comparável com o isolamento das prisões, dos guetos ou dos campos de trabalho forçados⁴³⁵.

A partir do momento em que um indivíduo era detido, considerava-se que ninguém mais no exterior ouvira falar dele: como que desaparecera da face da terra. Eram dadas ordens proibindo que fossem fornecidas informações sobre o local de detenção sobre os prisioneiros; os terceiros deveriam ser deixados à incerteza quanto ao destino; as famílias não podiam ser informadas. Todos os documentos de identificação — se existissem — são destruídos.

Em Dachau, os deportados ordinários têm de usar tamancos; têm o crânio rapado; as categorias superiores podem usar sapatos de cabedal e cabelo comprido⁴³⁶.

Dentro dos campos, é bem clara a distinção entre “guarda” e “prisioneiro”: os judeus são, para os nazis, “*os inimigos por trás do arame*”, num ódio activo e no desejo de os degradar.

Os oficiais superiores falavam só uma vez e em voz baixa; ao passo que o resto das patentes alemãs e os seus imitadores “*Kapos*” gritavam, falavam alto ou ladravam as suas ordens. O assunto não era a inteligibilidade. Muitos dos seus ouvintes não compreendiam o alemão abastardado dos campos, muito menos esta gritaria, que inspirava o terror.

Muitos comentadores notam que, para assassinar as suas vítimas, os nazis tiveram primeiro que assassinar a língua alemã, associada como estava à alta cultura, ao racionalismo e ao pensamento filosófico. Uma nova forma degradada de alemão veio a aparecer primeiro na própria Alemanha, depois nos campos, onde encontrou a sua expressão mais brutal.

Os detidos não eram homens, mas “*Häftlinge*” (prisioneiros); quando comiam, o verbo era “*fressen*” (o verbo “comer”, usado para os animais); os cadáveres eram “*Figuren*”⁴³⁷.

PRIMO LEVI refere:

“*Eles levar-nos-ão até o nosso nome: e se queremos conservá-lo, deveremos encontrar em nós a força para o fazer, para que além do nosso nome, algo de nós, do que nós éramos, subsista.*”

PRIMO LEVI foi dos poucos que aguentou a sua integridade, pelos seus hábitos de ver, analisar, identificar — por ser um fiel químico, devido ao treino científico.

Existem marginalmente casos de resistência, nomeadamente em algumas fábricas, produzindo peças defeituosas. A mais viável e efectiva resistência ocorre na mente, com a determinação, não para aumentar o desespero, mas para sobreviver⁴³⁸.

3.5.2 A “vida” quotidiana

⁴³⁴ HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pg. 155.

⁴³⁵ HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pg.156.

⁴³⁶ Os SS distribuem com parcimónia uma carta de cabelos (MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 99).

⁴³⁷ Já anteriormente a 1939, no campo de Buchenwald, os SS designam os deportados por “*Kopf*” (cabeças) ou “*Stück*” (pedaços).

⁴³⁸ CLENDINNEN, *Um Olhar...*, pg. 77.

O programa diário dos deportados em Dachau e em Buchenwald consistia em despertar às 4 horas; neste último campo, o despertar é feito com os berros e chibatadas dos “Kapos”⁴³⁹ (em Flossenbürg, às 4h30, o vigilante da noite, entrando no dormitório grita “Kaffe-holer, raus!”), tendo o tempo cronometrado até à hora de deitar, às 21 horas.

A arbitrariedade não é acidental, mas desenhada para destruir o ser privado e social. Mesmo a malícia trivial, como o espalhar de um boato falso, é desenhada para aumentar a angústia e exaurir as mentes ainda capazes de esperança⁴⁴⁰.

O prazer de manipular as vítimas psicologicamente, ao mesmo tempo que lhes negavam a humanidade.

“Aqui não há porquês” (“Hier is keine Warum”).

O suicídio podia ser negado. Aos guardas tinha sido ordenado que atirassem a matar sobre qualquer prisioneiro que corresse para a cerca electrificada antes que pudesse tocar nos fios⁴⁴¹.

Uma infracção mínima poderia fazer privar da magra ração⁴⁴². As camas são nichos de andares.

3.5.2.1 O “muçulmanismo”

O “muçulmanismo” constituía, em Auschwitz, a última forma de subalimentação, aquela que precedia a morte. Na descrição de um médico, BEILIN, no julgamento de EICHMANN, “Os movimentos tornavam-se lentos. os rostos adquiriam um aspecto de máscara, os reflexos já não funcionavam, faziam as necessidades sem se dar conta. Nem mesmo se voltavam na cama por vontade própria. Jaziam sem se mexerem e assim transformavam-se em muçulmanos.”; ficava parecido com um muçulmano em oração. “(...) eram simplesmente esqueletos de rostos cinzentos, porque tinham perdido o equilíbrio.” (como se recordou no julgamento de EICHMANN)⁴⁴³. Um murro de um SS ou de um vigilante ou uma cacetada na cabeça bastavam para acabar com ele, segundo o relato de PRIMO LEVI.

Os prisioneiros eram amontoados à noite em barracões (em Gross-Rosen, caberiam apenas 300 pessoas; foram amontoados 1300 e até 1500⁴⁴⁴). A subalimentação sistemática esgota os organismos, a farda em farrapos; as intempéries, as doenças, a falta de sono... É um mundo que destrói as personalidades. As referências morais desaparecem. O medo é a companhia omnipresente do deportado⁴⁴⁵.

O assassínio é praticado sem escrúpulos pelos SS, munidos de bastões, pretendendo abater com duas ou três pancadas⁴⁴⁶. Certas execuções são públicas.

⁴³⁹ MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 83.

⁴⁴⁰ CLENDINNEN, *Um Olhar...*, pg. 60.

⁴⁴¹ CLENDINNEN, *Um Olhar...*, pg. 77.

⁴⁴² Além das torturas concentracionárias, havia sevícias muito cruéis (a permanência num quarto fechado, sem se poder sentar); as bastonadas, em que o homem devia contar os golpes em voz alta e, se não conseguisse fazê-lo ou se enganasse, começavam tudo do zero (MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 101); a pancada com que eram vexados (por exemplo, em Gross-Rosen, um deportado, MARC KLEIN, refere que ficou com cinco costelas partidas por não ter corrido suficientemente depressa para a faxina do café (MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 145).

⁴⁴³ CLAUDE BERTIN *et al.*, *Os Criminosos de Guerra...*, pgs. 152-153.

⁴⁴⁴ MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 146.

⁴⁴⁵ MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 410.

⁴⁴⁶ MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 148.

3.5.2.2 No Leste, os fuzilamentos eram um segredo conhecido; mas os responsáveis nazis pretendiam ocultar os centros de extermínio e as câmaras de gás.

Em Auschwitz-Birkenau, foi usado o ácido cianídrico, Zyklon-B⁴⁴⁷. O primeiro gaseamento tem lugar em 3 de Setembro de 1941.

As casas dos Bunkers 1 e 2 não tinham janelas, contrastando com portas estranhamente robustas.

É particularmente chocante o procedimento de condução para as câmaras de gás:

Os SS estavam mais afáveis e corteses, conduzindo as vítimas sem gritos, incitamentos, armas, empurrados para a frente, sem palavras ofensivas. O cenário continha de vestuários, com cabides numerados para pendurar a roupa. “*Lembrem-se do vosso número*”; havia sinais em várias línguas avisando os benefícios da higiene. No tecto, podiam ver-se saídas dos chuveiros, que estavam cimentadas e nunca distribuíam água.

Já sem roupa, os guardas empurravam os que estavam ainda do lado de fora; as portas eram fechadas hermeticamente⁴⁴⁸.

Depois dos quinze minutos necessários para o «Zyklon B» actuar nas câmaras de morte, decorriam ainda cerca de trinta minutos antes de as portas serem abertas.

Os corpos estavam amontoados, apertados uns contra os outros; vinha o pânico, ficando os mais fortes em cima, esmagando os outros; havia a tentação de correr para a porta. Depois vinha a morte.

Os cabelos das mulheres eram então cortados e arrancados os dentes de ouro dos cadáveres, que só depois eram levados para os fornos⁴⁴⁹.

Os corpos eram depois removidos, para dar lugar à chacina seguinte.

Depois, cuidava-se da destruição física de todas as evidências, com o crematório de que Auschwitz sempre teve. Existiam em Auschwitz quinze fornos crematórios que funcionavam a pleno rendimento e podiam incinerar até 10 000 corpos por dia.

Assim, existe um problema de prova, na documentação e na precisão do número de vítimas.

3.5.2.3 As tarefas eram efectuadas não sem auxílio de prisioneiros judeus. *Sonderkommando*, o Esquadrão Especial em Auschwitz, é o nome dado a um grupo de prisioneiros, quase todos judeus, que fornecia mão-de-obra para manter a funcionar as câmaras de gás ou arrastando-as para as valas de execução, para posterior execução.

A maior parte do trabalho em Auschwitz, incluindo a coerção, o castigo dos prisioneiros e o desvio ou a retenção das rações de fome, era efectuado por prisioneiros.

Em Treblinka, o trabalho era feito por milhares de judeus de várias nacionalidades, sob a direcção de oitenta guardas ucranianos e quarenta SS, dos quais apenas vinte estavam de serviço a qualquer hora.

Os homens eram escolhidos pelo seu aspecto físico ou por qualquer pequena infracção disciplinar.

Era um “*acordo profano*”: comida e cessação da pancadaria em troca de um extenuante trabalho degradante⁴⁵⁰. PRIMO LEVI chama-lhes os “*corvos dos crematórios*”.

Os componentes do “*Sonderkommando*” não estavam autorizados a contactar com o resto do grupo. Estavam também condenados à morte: a prática dos SS era matar

⁴⁴⁷ O monóxido de carbono era usado em Treblinka.

⁴⁴⁸ MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 314.

⁴⁴⁹ CLAUDE BERTIN *et al.*, *Os Criminosos de Guerra...*, pg. 151.

⁴⁵⁰ CLENDINNEN, *Um Olhar...*, pg. 89.

e substituir todos os membros de um esquadrão ao fim de alguns meses, para manter o segredo; era regra da SS executar os homens das Brigadas Especiais. Poucos sobreviveram: dois, quatro, cinquenta, sessenta de mil.

3.5.2.3 Na Primavera de 1944, Auschwitz atinge o seu zénite, com a entrada e saída de comboios entre o campo auxiliar de Birkenau e a Hungria. Os quatro crematórios trabalham sobre pressão; rapidamente os fornos ficam inutilizáveis devido ao uso excessivo e contínuo que lhes era dado; apenas o crematório 3 continua a funcionar⁴⁵¹. Os gaseamentos ocorrem a um ritmo superior.

Este período de extermínio intensivo permite aos SS gasear, a partir de 16 de Maio de 1944, a maioria dos 438 000 judeus arrebanhados na Hungria, que haviam chegado em 148 comboios.

A maioria dos deportados não entra no campo e é conduzida directamente para a câmara de gás. Alguns detidos são enviados para outros campos.

O último comboio chega ao campo em 3 de Novembro.

Em 26 de Novembro de 1944, HIMMLER ordena a destruição das câmaras de gás e dos crematórios, esperando dissimular as exterminações massivas. Apenas o crematório 5 continua a funcionar até ao fim. Em 20 de Janeiro de 1945, os alemães dinamitam-no antes de partirem.

A última execução ocorre em 6 de Janeiro.

São queimados todos os arquivos e, em primeiro lugar, os registos do serviço de entradas (que teriam permitido descobrir a dimensão do massacre).

Em 17 de Janeiro, começa a evacuação geral para outros campos.

As tropas soviéticas chegam em 25 de Janeiro.

3.7 Reflexão

Os observadores manifestam uma incompreensão aterrada.

O princípio nihilista do “*tudo é permitido*” é substituído por “*tudo é possível*”, segundo HANNAH ARENDT.

“*Era realmente como se o abismo se abrisse diante de nós, porque tínhamos imaginado que tudo o resto acabaria por se poder arranjar (...). Mas aquilo, não. Era uma coisa que não devia ter acontecido nunca. (...) Auschwitz não devia ter acontecido. Passou-se em Auschwitz qualquer coisa com que continuamos a não poder reconciliar-nos. Nenhum de nós.*”⁴⁵².

Auschwitz é considerado o mais gigantesco empreendimento criminoso da História.

Segundo HABERMAS, em Auschwitz tocou-se em algo que representa a camada mais funda da solidariedade entre todos os que têm face humana; Auschwitz mudou o fundamento para a continuidade das condições de vida na História. Auschwitz é uma palavra que não concerne apenas ao mundo hebraico ou à sua história política, nem muito menos à história de um povo (ou dois), mas põe toda a ciência do homem, e o direito nesta, em face de um facto de importância essencial para a compreensão do próprio objecto. Auschwitz não é um facto histórico como tantos outros, mas um evento da autoconsciência humana, uma sombra que pesa sobre a consideração que o homem pode ter de si próprio (GUSTAVO ZAGREBELSKY)⁴⁵³.

⁴⁵¹ MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 318.

⁴⁵² HANNAH ARENDT, *Compreensão*, pg. 28.

⁴⁵³ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Turim, 1992, pg. 142.

Sobressai irrealidade que preside à experiência⁴⁵⁴, a lógica demente.

Estes tenebrosos matadouros humanos são o “*inferno organizado*”, no sentido mais literal⁴⁵⁵: a vida é minuciosamente e sistematicamente organizada em vista dos maiores tormentos possíveis. As referências morais desaparecem. O medo é companhia omnipresente⁴⁵⁶. Não existe o homem, mas o número.

Segundo MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, o conceito de homem na sua irredutível humanidade, cede passo à ideia de raça e às exigências da sua conservação extrapoladas dos processos naturais de selecção das espécies.

O homem é apenas corpo, veículo enigmático, “*fatalidade biológica*”.

No campo de extermínio, a vida não possui valor em si mesma.

LORD WRIGHT, Presidente da Comissão das Nações Unidas para os crimes de guerra, considera que foi um retrocesso civilizacional, uma reminiscência do tempo da barbárie⁴⁵⁷.

3.7.1 Sistema totalitário

Na perspectiva de MICHEL FOUCAULT, o extermínio nazi articula-se não só com um sentido bio-político, mas também como mecanismo anátomo-político, como forma de regular o tipo, as formas e os ritmos dos movimentos de cada corpo, findando com a apropriação autónoma do corpo pelo sujeito.

Impressiona o absurdo ideológico, o aspecto mecânico da execução e o programa minucioso, o cientificismo utilizado⁴⁵⁸.

Os campos de concentração totalitários aumentam em número à medida que a oposição política diminuía (os campos de concentração não são invenção dos movimentos totalitários⁴⁵⁹).

São “*a sociedade mais totalitária jamais realizada*”⁴⁶⁰, sendo o ideal social exemplar da dominação total em geral⁴⁶¹; a mais central e importante instituição do poder de organização totalitária⁴⁶².

É de salientar a insistência no segredo: a existência de centros de extermínio e o uso de câmaras de gás eram segredos rigorosamente guardados.

3.7.2 A ausência de necessidade militar

Na perspectiva de HANNAH ARENDT, o genocídio foi praticado **sem necessidade militar**. Pelo contrário, sabia-se que, em período crítico de mão-de-obra, se eliminava uma parte considerável de trabalhadores.

As outras medidas contra os judeus podiam ter algum sentido e beneficiavam de uma maneira ou de outra os seus autores; as câmaras de gás não beneficiavam ninguém⁴⁶³.

⁴⁵⁴ HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pgs. 157-158.

⁴⁵⁵ HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, pg. 983.

⁴⁵⁶ MARCEL RUBY, *O Livro da Deportação...*, pg. 410.

⁴⁵⁷ *Apud* MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *Apontamento...*, pg. 87.

⁴⁵⁸ As SS sofreram também uma restrição, tendo de se limitar a uma quota determinada de morte (HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pg. 154).

⁴⁵⁹ HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, pg. 786.

⁴⁶⁰ DAVID ROUSSET *apud* HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, pg. 783.

⁴⁶¹ HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, pg. 783.

⁴⁶² HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, pgs. 785,787.

⁴⁶³ HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pg. 151.

As deportações, durante um período de penúria aguda de comboios, o estabelecimento de fábricas dispendiosas, o recurso a mão-de-obra, em detrimento do esforço bélico, o efeito desmoralizador de tais medidas sobre as tropas alemãs, bem como sobre as populações dos territórios ocupados — tudo isso intervinha de maneira desastrosa na condução da guerra na frente de Leste⁴⁶⁴.

O gabinete de HIMMLER emitia sem parar directivas fazendo saber aos comandos militares e aos responsáveis da hierarquia nazi que nenhuma consideração económica ou militar devia entrar o programa de extermínio⁴⁶⁵ (extermínio de seres humanos que, para todos os fins úteis, já são “mortos”).

3.7.3 Quando os resistentes são os culpados, ocorrem os processos de transferência de culpa. A estratégia do nazismo foi a do uso da responsabilidade colectiva, uma das formas mais primitivas de sanção (PIAGET); os processos de individualização são relativamente recentes, como demonstrou MICHEL FOUCAULT.

As práticas genocidas não culminam com a sua realização material (o aniquilamento), mas realizam-se no âmbito simbólico e ideológico. Não resulta suficiente para os fins genocidas eliminar materialmente (aniquilar), mas é também importante fechar os tipos de relações sociais que os corpos encarnavam, gerando outros modos de articulação social entre os homens⁴⁶⁶.

A negação da identidade das vítimas inculca um vazio, que justificaria a necessidade da sua perseguição⁴⁶⁷.

A construção da negatividade de certos grupos vincula-se com a sua inadmissibilidade para uma determinada ordem social⁴⁶⁸. Há que desmontar esta construção negativa e recuperar a identidade social das vítimas⁴⁶⁹.

3.7.4 Auschwitz é um evento bivalente. Mostra em que é que não se deveria ter acontecido, segundo o que representamos de ser, mas mostra que aconteceu⁴⁷⁰.

Auschwitz tem implicações nas concepções dos direitos fundamentais. Como explica GUSTAVO ZAGREBELSKY, qualquer grande concepção constitucional pressupõe de facto uma determinada «visão do homem» (o *Menschenbild* de que fala a literatura jurídica alemã). Isto vale também para os direitos. Através da construção desta visão, qualquer ciência do direito constitucional entra em sintonia com as características espirituais gerais da sua época. Poder-se-á dizer que talvez a imagem do homem que a ciência constitucional faz sua é o ponto de contacto mais determinante entre o direito em geral e o clima cultural⁴⁷¹.

Será que são possíveis os direitos, que são a coroação do valor do homem⁴⁷²?

O argumento irrefutável decisivo contra as visões acriticamente optimistas são as grandes tragédias de que o homem e apenas o homem com a sua livre vontade deu causa. Esta tragédia, no nosso século, compendia-se em Auschwitz.

Devemos ver a outra parte do ensinamento: o erro de querer fundar sobre uma acrítica ideia ética positiva do homem o reconhecimento dos direitos que constituem a armadura do próprio «domínio da sua vontade»⁴⁷³. A situação hodierna dos direitos

⁴⁶⁴ HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pg. 151.

⁴⁶⁵ *Apud* HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pg. 151.

⁴⁶⁶ DANIEL FEIERSTEIN, *Seis estudios sobre genocidio. Analisis de las relaciones sociales: otrdad, exlcusión y exterminio*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, pg. 113.

⁴⁶⁷ DANIEL FEIERSTEIN, *Seis estudios sobre genocidio...*, pg. 117.

⁴⁶⁸ DANIEL FEIERSTEIN, *Seis estudios sobre genocidio...*, pg. 118.

⁴⁶⁹ DANIEL FEIERSTEIN, *Seis estudios sobre genocidio...*, pg. 118.

⁴⁷⁰ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, pg. 142.

⁴⁷¹ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, pg. 141.

⁴⁷² GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, pg. 142.

⁴⁷³ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, pg. 142.

humanos deve ser avaliada, enfim, no quadro de uma dúvida acerca do fundamento de todas as teorias acríicas dos direitos do homem, pelo menos daquelas em função dos direitos-vontade. Este é um ponto que qualquer teoria consciente das suas bases não se pode acantonar e deve ser considerada fora do apriorismo ideológico⁴⁷⁴.

Em face de tudo o que não podemos fazer menos de desconfiados, não para negar os direitos, mas para procurar uma defesa em relação a aspectos mais agressivos. Em última análise, os princípios objectivos de justiça servem este escopo. Eles constringem a vontade exigente de realização, seja essa individual ou colectiva, a confrontar-se, a moderar-se, até a ceder: em todo o caso para aceitar não ser a exclusiva força constitutiva do direito e de tornar-se essa mesma objecto de um possível juízo de validade⁴⁷⁵.

3.7.5 Se são avançadas interrogações acerca da possibilidade para o homem se conservar a estima de si mesmo e assim é levantada a pergunta de se pode também crer na sua qualidade mais propriamente humana⁴⁷⁶, será que Auschwitz colocará em causa a crença em Deus?

3.7.5.1 Numa primeira opinião, é de considerar “*morta a ideia de um Deus bom, onnipotente e ao menos parcialmente inteligível*”, destruída a mesma ideia do homem e do seu valor. E colocar em discussão Deus não pode deixar indemne o homem, e vice-versa, segundo o que impõem as palavras do Deus bíblico: «*façamos o homem à nossa imagem e semelhança*» (Gen., I, 26)⁴⁷⁷.

3.7.5.2 Com o devido respeito, não concordamos.

Como refere o Eclesiástico, os pecados são do homem e não de Deus:

“*Não digas: «Foi o Senhor que me fez pecar», / porque Ele não faz aquilo que detesta. / Não digas: «Foi Ele quem me seduziu», / porque Ele não necessita dos pecadores. / O Senhor aborrece toda a abominação, / e os que o temem não se entregam a tais coisas. / Desde o princípio, Ele criou o homem, / e entregou-o ao seu próprio juízo. / Se quiseres, observarás os mandamentos; / ser-lhes fiel será questão da tua boa vontade. / Ele pôs diante de ti o fogo e a água; / estende a mão para o que quiseres. / Diante do homem estão a vida e a morte; / o que ele escolher, isso lhe será dado, / pois é grande a sabedoria do Senhor. / Ele é forte e poderoso e vê todas as coisas. / Os olhos do Senhor estão sobre os que o temem, / Ele conhece as acções de cada homem. / A ninguém Ele deu ordem para fazer o mal, / e a ninguém deu permissão de pecar*” (Eclesiástico, 15: 11-20).

3.7.6 Devemos também lembrar o silêncio daqueles que viveram, mas não falaram⁴⁷⁸.

“*Senti-me mais perto dos mortos que dos vivos, senti-me culpado por ser um homem, porque os homens haviam construído Auschwitz e Auschwitz engoliu milhões de seres humanos.*” (PRIMO LEVI).

3.7.6.1 A poeta NELLY SACHS descreve em vários poemas o sentimento dos sobreviventes. O poema “*Oh as chaminés*”, com epígrafe do livro de JOB⁴⁷⁹, refere:

“*OH AS CHAMINÉS / Sobre as moradas da morte engenhosamente inventadas, / Quando o corpo de Israel desfeito em fumo partiu / Pelo ar — / Como limpa-chaminés uma estrela o recebeu / Que se fez negra / OU era um raio de sol? // Oh as chaminés! / Vias da liberdade para o pó de Jeremias e de Job — / Quem vos inventou e compôs*”

⁴⁷⁴ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, pg. 140.

⁴⁷⁵ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, pg. 143.

⁴⁷⁶ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, pg. 142.

⁴⁷⁷ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, pg. 142.

⁴⁷⁸ CLENDINNEN, *Um Olhar...*, pg. 42.

⁴⁷⁹ “*E quando esta minha pelo estiver desfeita, / eu verei Deus sem a minha carne.*” (Job).

*pedra sobre pedra / De fumo o caminho dos fugitivos? // Oh as moradas da morte, / De arranjo convidativo / Para o hospedeiro, outrora hóspede — / Ó dedos, / Pondo a soleira de entrada / Como uma faca entre vida e morte — // Ó vós chaminés, / Ó vós dedos, / E o corpo de Israel em fumo pelo ar!*⁴⁸⁰.

No poema “*Números*”, NELLY SACHS escreve:

*“QUANDO AS VOSSAS FORMAS se afundaram em cinza / nos mares da noite, / onde a Eternidade pra as marés / lança vida e morte — // ergueram-se números — / (marcados a fogo outrora nos braços / pra que ninguém fugisse ao martírio) // ergueram-se meteoros de números, / gritados pra os espaços / em que anos-luz como setas se estendem / e os planetas / nascem das matérias / mágicas da dor — // números — com as suas raízes / extraídas de cérebros assassinos / e já calculados / na órbita de veias azuis / da revolução celeste.”*⁴⁸¹.

4) Genocídio no Ruanda

O genocídio do Ruanda em 1994 resulta de um conflito de décadas entre duas tribos principais: os Hutu e os Tutsi⁴⁸².

Os casos analisados pelo TCIR consistem em conspirações múltiplas e sucessivas, envolvendo os poderes estaduais e locais⁴⁸³, em numerosas reuniões entre eles, ou com outros, em que instigaram, prepararam e organizaram o genocídio⁴⁸⁴.

O Partido MRND (*Mouvement Républicain National pour la Démocratie et le Développement*) foi fundado pelo Presidente HABYARIMANA, em 1975.

Desde 1990, HABYARIMANA e vários dos seus associados delinearão uma estratégia de incitamento e de medo contra a minoria Tutsi, como um meio de reconstruir a solidariedade entre os Hutu e manterem-se no poder.

Os componentes do plano consistiam nas seguintes actividades:

- a difusão de mensagens que incitavam à violência;
- o treino e distribuição de armas a milícias;
- a preparação da lista de pessoas a serem eliminadas.

Em 1992, numa reunião, BAJOSORA instruiu “*staffes*” de Generais para estabelecer listas de pessoas identificadas como os “*inimigos e os seus cúmplices*”. O G-2 (Serviços Secretos do Ruanda) estabeleceram as listas de pessoas, sob a supervisão de ANATOLE NSENGIYUMVA. As listas eram actualizadas regularmente.

A maioria dos partidos políticos criara uma juventude partidária. Os membros do MNRD eram conhecidos como “*Interhawe*”; os do CDR eram conhecidos como os “*Impuzamugambi*”.

⁴⁸⁰ In *Poemas de Nelly Sachs*, Antologia, versão portuguesa e tradução de Paulo Quintela, Portugal, Lisboa, 1967, pg. 6.

⁴⁸¹ *Poemas de Nelly Sachs*, pg. 64.

⁴⁸² V. JACK DAVID ELLEN, JACK DAVID ELLEN, *Rwanda and Burundi: When Two Tribes Go to War in From culture to ethnicity to Conflict*, The University of Michigan Press, Michigan, 1999, LAURENT / LYDIE ELLA MEYE ZANG, *Conflits intraétatiques et Génocide. Défaillances de l'État et du Système International au Rwanda in Génocide(s)*, dir. de Katia Boustany / Daniel Dormoy, Bruylant, Bruxelles, 1999, pgs. 466 ss.. As acusações bem como os acórdãos proferidos pelo TCIR contêm um resumo dos acontecimentos.

⁴⁸³ V. a sentença KAMBANDA, do TCIR, pg. 11.

⁴⁸⁴ V. sentença INANISHIMWE do TCIR, pg. 4 (fonte: *site da Internet* www.ictj.org/ENGLISH/cases/).

Numerosos jovens do MRND receberam treino militar e armas, transformando-se de um movimento de jovens em milícias. A razão da criação desta milícia era usá-la no momento adequado para executar o plano do MRND de exterminar os Tutsis.

Em 21 de Setembro de 1992, um excerto de um comunicado à imprensa revelou uma lista de nomes descritos como inimigos e como traidores da nação, caracterizando os Tutsis como inimigo e dos membros da posição com seus cúmplices.

Em 1993, foi criada uma companhia — a RTLM S.A. —, fazendo funcionar uma estação de rádio. Esta estação começou a transmitir em 8 de Julho de 1993.

A RTLM recebeu apoio logístico da Rádio Ruanda, bem como do Presidente Habyarimana, sendo a estação ligada ao Gabinete do Presidente, possibilitando que, no caso de perda de poder, a operação continuasse⁴⁸⁵.

Até Abril de 1994, esta Rádio transmitiu mensagens, incentivando a eliminar todos os Tutsis, os Hutus moderados, os nacionais belgas; emitiu frases como:

“go work”, “go clean”, “to each his own Belgian”, “the graves are not yet full”, “the revolution of 1959 is not over and it must be carried through to its conclusion”⁴⁸⁶.

Entre Julho de 1993 e Abril de 1994, as difusões da RTLM ecoaram, descrevendo os Tutsis, utilizando expressões de desprezo: “inimigos”, “traidores” que mereciam morrer.

Para alcançar o objectivo de eliminar o inimigo, desde 1993 (e mesmo antes), os chefes do MRND, em colaboração com outros oficiais da FAR decidiram fornecer treino militar aos membros mais devotados à causa extremista — os grupos de milícias.

O clímax foi atingido com o genocídio de 1994, com os massacres.

Aliada ao incitamento de violência étnica e de exterminação dos Tutsis e dos seus “cúmplices”, esteve a organização e o treino das juventudes partidárias dos partidos políticos, particularmente o *Interahamwe*, na preparação e na difusão de listas de pessoas a serem eliminadas, na distribuição de armas a civis: por todo o país.

Entre 8 e 13 de Abril, foi constituído um novo Governo.

Logo de início, ninguém incluiu Tutsis nas conversações. JEAN KAMBANDA era o Primeiro-Ministro do Governo Provisório.

A violência étnica e política dos inícios de 90 era caracterizada pelo uso de elementos da estratégia que atingiu a sua finalidade com o genocídio de Abril de 1994.

Executando o plano, organizaram e ordenaram os massacres perpetrados contra a população Tutsi e Hutus moderados; e, simultaneamente, auxiliaram e participaram neles⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ TCIR, caso BARAYAGWIZA, pg. 19 (fonte: site da Internet www.ictr.org/ENGLISH/cases/).

⁴⁸⁶ TCIR, caso BARAYAGWIZA, pg. 19.

⁴⁸⁷ TCIR, caso BARAYAGWIZA, pg. 14.

⁴⁸⁸ Outros casos conhecidos são os do Camboja e o de Timor Leste:

i) “Os *Khmers Vermelhos* governaram o Camboja, anos durante os quais milhões de cambodjanos foram vítimas de crimes contra a humanidade, incluindo tortura e assassinatos políticos. Contudo esta solução deu azo a vários motivos de preocupação porque a lei do Camboja está longe da lei e dos padrões internacionais.” “Em Agosto de 2001, o rei do Camboja promulgou uma lei aprovada pelo parlamento que permitia a apresentação de acções judiciais contra alguns dos ex-dirigentes do Governo do Estado Democrático da Kampuchea (*Khmers Vermelhos*) perante painéis mistos, compostos de juízes nacionais e internacionais.” (Amnistia Internacional, *Relatório 2002*, trad. portuguesa, Lisboa, pg. 34).

ii) Em Timor Leste, em 2001, “Até ao final do ano, mais de 32 acusações formais, que incluíam acusações de crimes contra a humanidade, foram emitidos pela Unidade de Crimes Graves da UNTAET, responsável pela investigação e formulação de acusações em casos relativos à violência de 1999. (...) As audiências do primeiro caso de crimes contra a humanidade começaram em Julho. O julgamento, terminado em Dezembro, considerou culpados 10 réus que foram condenados a penas de prisão de até 33 anos e quatro meses.” (Amnistia Internacional, *Relatório 2002*, pg. 126).

ANEXO II

GENOCÍDIO

1. Origem contemporânea

O genocídio tem origens remotas.

A origem contemporânea é uma resposta do Direito aos crimes praticados durante a II Guerra Mundial (Declaração de St. James, de 13 de Janeiro de 1942, Declaração de Moscovo de 30 de Outubro de 1943, assinada pelos representantes dos Governos dos Estados Aliados), pois, no dizer de NOVALIS, “*O direito acabará com a barbárie.*”

Deve-se ao jurista polaco RAFAEL LEMKIN, conselheiro do Ministro da Guerra dos EUA, a invenção do termo genocídio, fenómeno até aí não criminalizado.

Este jurista dotou de um conteúdo conceptual preciso genocídio, expondo a teoria do genocídio, política criminal do genocídio, no capítulo nono da obra *Axis Rule in Occupied Europe*:

Tratava-se de um novo crime, com uma distinta intenção criminal, distinto objecto, distinta forma de comissão, distintas consequências.

Na sua forma extensa, era definido como o «homicídio encaminhado à supressão de grupos humanos».

O hitlerismo visava a exterminação, sendo um crime contra a humanidade, crime contra a pessoa humana.

“*Genocídio*” advém da palavra grega “*genos*” (raça, clã) e da palavra latina “*cide*”, assassínio (“*caedes*”, matar).

É uma expressão preferível a “*denacionalização*” — que não veicula a destruição biológica; pode ser confundida com privação de cidadania⁴⁸⁹ —, a “*germanização*” e a “*italienização*”, que não veiculam aniquilação física e apenas aplicáveis em casos especiais de identificação do agressão.

Não é uma infracção que se possa comparar a uma paralela incriminação do acordo para cometer um crime comum.

2. Fontes

2.1 Fontes internacionais

⁴⁸⁹ RAPHAEL LEMKIN, *Genocide*, pg. 360.

2.1.1 Como origem dos crimes contra a humanidade, em geral, temos o Estatuto a al. c) do art.º 6.º do Estatuto do Tribunal de Nuremberga⁴⁹⁰, que enumera entre os “*crimes contra a humanidade*”:

“*Os seguintes actos, ou qualquer um deles, são abrangidos pela jurisdição deste Tribunal e implicam uma responsabilidade individual:*

(...)

“*c) Crimes contra a humanidade, ou seja, o assassínio, extermínio, escravização, deportação e outros actos desumanos cometidos contra qualquer população civil antes ou durante a guerra, ou perseguições com base em motivos políticos, raciais ou religiosos na prática ou em conexão com qualquer crime que caiba no âmbito de jurisdição deste Tribunal, violando ou não o Direito interno do país onde foi praticado.*”.

Também em 1946, é criado o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, que ficou conhecido como o Tribunal Militar Internacional de Tóquio. Este Estatuto s adoptou praticamente a Carta do Tribunal de Nuremberga; no art.º 5.º, n.º 1, al. c), segue o mencionado art.º 6.º, al. c).

A categoria foi objecto, desde 1945, de uma actividade legislativa importante, que permitiu a ampliação e a determinação do seu conteúdo.

2.1.2 A Convenção Internacional para a Prevenção e Punição do Genocídio, de 9 de Dezembro de 1948 (CPRCG)⁴⁹¹, aprovada após resolução da Assembleia Geral, de 1946, refere, no art.º 1.º, que a criminalização do genocídio é um dever de incriminação para os Estados Contratantes⁴⁹². O genocídio é, segundo o Direito Internacional, directamente punível e sujeito a perseguição de acordo com o princípio da universalidade⁴⁹³.

A definição cristalizou-se nesta definição, mantendo-se intacta em instrumentos posteriores.

O artigo 2.º define o genocídio⁴⁹⁴⁻⁴⁹⁵.

O genocídio acresce ao lastro iniciado com o Estatuto do Tribunal de Nuremberga, através da CPRCG, de 1948. Diferentemente dos crimes contra a humanidade enumerados na al. c) do art.º 6.º do Estatuto do Tribunal de Nuremberga, que só eram punidos “*na sequência*” ou “*em ligação*” com crimes contra a paz e crimes

⁴⁹⁰ A criação do Tribunal Militar de Nuremberga foi prevista no Acordo de Londres, de 8 de Agosto de 1945, celebrado entre a França, o Reino Unido, a União Soviética e estados Unidos. Em anexo, constava o Estatuto do Tribunal de Nuremberga (Carta do Tribunal Militar anexa ao Acordo para a Acusação e Punição dos Principais Criminosos de Guerra do Eixo Europeu).

⁴⁹¹ A versão final da CPRCG foi adoptada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas e aberta à assinatura em 9 de Dezembro de 1948.

⁴⁹² “*As Partes Contratantes confirmam que o genocídio, seja cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime do direito dos povos, que desde já se comprometem a prevenir e a punir.*”

⁴⁹³ JESCHECK, *Evolução, estado actual e perspectivas futuras do Direito Penal Internacional* in *DJ*, vol. II, 1987-88, pg. 67

⁴⁹⁴ “*Na presente Convenção, estende-se por genocídio os actos abaixo indicados, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico racial ou religioso, tais como:*

a) *Assassinato de membros do grupo*

b) *Atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo;*

c) *Submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial;*

d) *Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;*

e) *Transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo.*”

⁴⁹⁵ Foram vários feitos estudos sobre o genocídio. Um deles foi realizado pela Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Protecção das Minorias, foi aprovado pela Resolução n.º 1420 (XLVI), de 6 de Junho de 1969, do Conselho Económico e Social.

de guerra, o crime de genocídio constitui uma infracção autónoma quer seja cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra.

O texto convencional refere-se à prevenção e à sanção do genocídio como crime internacional do Estado, assim como a pena das pessoas que hajam cometido actos de genocídio ou que hajam participado neste nas formas determinadas.

2.1.3 O ETCJ⁴⁹⁶⁻⁴⁹⁷⁻⁴⁹⁸ e o ETCR⁴⁹⁹⁻⁵⁰⁰, consagradores das primeiras jurisdições penais internacionais de âmbito universal, igualmente positivam o crime de genocídio.

⁴⁹⁶ O artigo 4.º (Genocídio) dispõe o seguinte:

“1. O Tribunal terá competência para julgar as pessoas que tenham cometido genocídio, tal como definido no n.º 2 do presente artigo, ou qualquer dos actos mencionados no n.º 3 do presente artigo.

2. Considera-se genocídio os actos a seguir referidos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico racial ou religioso enquanto tal:

a) Homicídio de membros do grupo;

b) Atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo;

c) Submissão deliberada do grupo a condições de existência que conduzam à sua destruição física, total ou parcial;

d) Imposição de medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) Transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo.”.

⁴⁹⁷ Sobre o genocídio bósnio, v. AA.VV., *El genocidio bosnio. Documentos para un análisis*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1997; ELISABETH BÄUMELIN-BILL, *Acusaciones de genocidio in El genocidio bosnio. Documentos para un análisis*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1997, pgs. 97-112; DONNES Y DONNES de Barcelona (grupo de mulheres da Bósnia-Herzegovina); *La violación como arma de limpieza étnica in El genocidio bosnio. Documentos para un análisis*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1997, pgs. 153-164; MARIA LUISA FERNÁNDEZ GÁLVEZ, *Propuesta de veredicto sobre la violencia sexual de las mujeres in El genocidio bosnio. Documentos para un análisis*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1997, pgs. 222-230; JUAN JOSÉ QUINTANA, *Les violations du droit international humanitaire et leur répression: le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie in RICR*, n.º 806, Mar.-Abr. de 1994, pgs. 247-263; PHILIPPE KOULISCHER, *La comunidad internacional y el genocidio de los musulmanes bosnios El genocidio bosnio. Documentos para un análisis*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1997, pgs. 27-39; FERNANDO PIGNATELLI Y MECA, *Los asuntos de Yugoslavia y Ruanda in Crímenes contra la humanidad y genocidio*, XII Seminario «Duque de Ahumada», obra colectiva, Ministerio del Interior, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, s.l., 2001, pgs. 69-116.

Sobre o tribunal, para além da bibliografia citada no corpo de texto principal (Fontes), v. WLADIMIR BRITO, *Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais ad hoc*, in *RMP*, ano 21, Jan.-Mar. de 2000, n.º 89, pgs. 38-52 (pgs. 25-55).

⁴⁹⁸ Em 27 de Junho de 2001, o antigo presidente SLODOBAN MILOSEVIC foi posto sob custódia do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, o que marcou o primeiro passo para acabar com a impunidade de que gozavam as figuras políticas mais importantes, suspeitas de ser responsáveis pelas violações maciças da lei internacional durante o conflito na ex-Jugoslávia.

O ex-Presidente tinha sido acusado pelo TCIJ, em 24 de Maio, juntamente com outros quatro antigos responsáveis governamentais, de crimes contra a humanidade e de violação das leis de guerra, cometidos no Kosovo por forças que comandavam, cujos procedimentos apoiaram e incentivaram. SLODOBAN MILOSEVIC também foi acusado de graves violações das Convenções de Genebra e das leis de guerra na Croácia e na Bósnia-Herzegovina; as acusações referentes à Bósnia também incluem a de genocídio (fonte: Amnistia Internacional, *Relatório 2002*, pg. 34).

⁴⁹⁹ No caso do Ruanda, este Estado, na altura, fazia parte do Conselho de Segurança e votou contra a resolução de criação do Tribunal.

V. CECILE APTEL, *À propos du Tribunal pénal international pour le Rwanda in RICR*, n.º 827, Set.-Out. de 1997, pgs. 721-730; WLADIMIR BRITO, *Tribunais Penais Internacionais – Da Arbitragem aos Tribunais Internacionais ad hoc*, in *RMP*, ano 21, Jan.-Mar. de 2000, n.º 89, pgs. 52-54.

Em 2001, os julgamentos dos principais suspeitos de genocídio continuaram no Tribunal Criminal Internacional para o Ruanda (TCIR) em Arusha, Tanzânia. 52 suspeitos foram detidos, aguardando julgamento, no final de 2001. Um foi absolvido e libertado em Junho. Sete julgamentos em curso, envolvendo 17 acusados, três dos quais tinham sido começado a ser julgados em 2000, ainda não tinham terminado no fim do ano 2001. Os tribunais de recurso do TCIR rejeitaram apelos de três

É de ter em conta ainda o recente Tribunal criado para julgar os crimes contra a Humanidade, na Serra Leoa⁵⁰¹.

2.1.4 No Estatuto de Roma^{502_503_504_505_506}, o acordo quanto ao crime de genocídio no ER foi praticamente pacífica, *relativamente simples*, foi tendo sido

prisioneiros em Junho. Um apelo estava presente no final do ano. Em Dezembro, seis pessoas condenadas por genocídio foram transferidas para o Mali para cumprirem as suas penas.

A Suíça, os Países Baixos, a Bélgica, o Senegal, o Mali, a Tanzânia e o Quênia prenderam 10 suspeitos e levaram sete deles a julgamento perante o TCIR. As autoridades italianas recusaram-se a implementar um mandato do TCIR em Julho no qual se pedia a detenção de um padre católico romano que alegadamente participara no genocídio, com base em que de acordo com a legislação italiana não havia bases legais para proceder à detenção.

Em Março, o Gabinete das Nações Unidas para os Serviços Internacionais de Supervisão apontou uma série de abusos, de entre eles, uma partilha monetária entre os advogados de defesa e os seus clientes. Em Maio o Procurador Geral demitiu sete procuradores por “*incompetência profissional*”. Dois investigadores das equipas de defesa foram indiciados por crimes relacionados com o genocídio em Maio e Dezembro e os contratos de três foram terminados em Julho e Agosto por suspeita de envolvimento no genocídio.

No início de 2001 o governo liderado pela Frente Patriótica Ruandesa (RPF) concordou em cooperar com as investigações do TCIR de crimes contra a humanidade alegadamente cometidos por membros da RPF em 1994 (fonte: Amnistia Internacional, *Relatório 2002*, 2002).

⁵⁰⁰ No Ruanda, em 2001, “(...) *Pelo menos 120 pessoas foram condenadas à morte por crimes cometidos durante o genocídio de 1994, alguns após julgamentos injustos; nenhuma execução ocorreu. Estima-se que 110.000 pessoas continuaram detidas, 95% destas acusadas de terem tomado parte no genocídio de 1994. (...) O julgamento de suspeitos de genocídio continuou no Tribunal Criminal Internacional para o Ruanda (TCIR) na Tanzânia. (...)*” (fonte: Amnistia Internacional, *Relatório 2002*, pgs. 122-124).

Em relação aos julgamentos pelo crime de genocídio, aproximadamente 1300 pessoas foram julgadas durante o ano em ligação como o genocídio de 1994; cerca de metade do número de julgamentos que tiveram lugar em 2000. No final de 2001, o Tribunal Especialista criado em Agosto de 1996 tinha julgado menos de seis por cento das pessoas detidas por crimes relacionados com o genocídio. Em muitos casos, os julgamentos não obedeceram às normas internacionais de justiça. Pelo menos 120 pessoas foram condenadas à morte. Não houve execuções judiciais.

A redução no número de julgamentos resultou em parte dos fundos escassos e da falta de independência judicial.

O Procurador Geral em Burare recusou a libertação de oito pessoas absolvidas em Dezembro de 2000, incluindo ZACHARIE BANYANGIRIKI, um antigo parlamentar, baseando-se na ideia de que “*novos factos*” tinham aparecido. Não se tem conhecimento de que os oito prisioneiros tenham apresentado recurso aos tribunais. O Procurador Geral ignorou os protestos do Tribunal Distrital de Recurso e do Supremo Tribunal do Ruanda. ZACHARIE BANYANGIRIKI morreu na prisão em Novembro. Os outros sete detidos permaneciam ainda na prisão no final do ano.

⁵⁰¹ Em Novembro de 2000, voltou a ser estabelecido um tribunal internacional *ad hoc*, para a Serra Leoa, proposto pelo Secretário-Geral da ONU um pouco diferente dos anteriores pois que se baseava numa legislação mista, em parte nacional e em parte internacional e cuja composição também era mista. Os juízes e os funcionários forenses são cidadãos de Serra Leoa e de outros países e a lei a aplicar inclui a legislação internacional e a da Serra Leoa. Esta carácter misto do tribunal foi o modelo sugerido para o Camboja e análogo ao do Kosovo e de Timor Leste. (Amnistia Internacional, *Relatório 2002*, pg. 34).

⁵⁰² Após terem fracassado os Comitês da Assembleia Geral para a elaboração de um Estatuto, em 1951 e 1953, houve uma tentativa, sem sucesso, da ideia de um Tribunal Penal Internacional, aquando da adopção da “*Convenção sobre Supressão e Punição do Crime de Apartheid*”, de 1973.

Em 1989, Trindade e Tobago, no âmbito da Assembleia Geral da ONU, relançou o processo de criação do Tribunal Penal Internacional. A 6.ª Comissão solicitou à Comissão de Direito Internacional a elaboração de um projecto de estatuto de um Tribunal Penal Internacional.

Para discutir o projecto, foi criado um Comité “*Ad Hoc*” que, em 1995, foi substituído por um Comité Preparatório da Conferência dos Plenipotenciários.

Entre 1994 e 1998, a Comunidade internacional elaborou um Estatuto que é, em termos substantivos, um Código Penal e o Estatuto de um Tribunal (PAULA ESCARAMEIA, *Reflexões sobre Temas*, pgs. 258, 268).

Em 17 de Julho de 1998, por 120 votos a favor, 21 abstenções e 7 votos contra, é adoptado o Estatuto do Tribunal Criminal Internacional, em Roma, no encerramento da "Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas para a Criação de um Tribunal Criminal Internacional".

"Foi o culminar de muitos anos de preparação na Comissão de Direito Internacional (CDI) e na 6.^a Comissão da Assembleia Geral (Comissão Jurídica)" (PAULA ESCARAMEIA, *Reflexões sobre Temas...*, pg. 256).

Portugal assinou o Estatuto em 7 de Outubro de 1998.

A Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002 aprova, para ratificação, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aberto à assinatura dos Estados em Roma, em 17 de Julho de 1998, cuja versão autêntica em língua inglesa e tradução em língua portuguesa seguem em anexo (art.º 1.º).

O artigo 2.º preceitua uma declaração interpretativa, que refere o seguinte:

"1 – Portugal manifesta a sua intenção de exercer o poder de jurisdição sobre pessoas encontradas em território nacional indiciadas pelos crimes previstos no n.º 1 do artigo 5.º do Estatuto, com observância da sua tradição penal, de acordo com as suas regras constitucionais e demais legislação penal interna.

2 – Portugal declara, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 87.º do Estatuto, que os pedidos de cooperação e os documentos comprovativos que os instruem devem ser redigidos em língua portuguesa ou acompanhados de uma tradução nesta língua."

⁵⁰³ Sobre o Tribunal Penal Internacional, na Doutrina portuguesa, v. MARIA LEONOR MACHADO ESTEVES DE CAMPOS E ASSUNÇÃO, *O Tribunal Penal Internacional Permanente e o Mito de Sísifo* in *RPCC*, ano 8, fasc. 1.º, Jan.-Mar. de 1998, pgs. 27-36; ID., *De como o Estatuto do Tribunal Internacional certifica um novo Modelo de Direito Penal — in Timor e o Direito. Intervenções nas mesas-redondas de 8, 9, 10, 11 e 12 de Novembro de 1999 realizadas na faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, org. de Jorge Miranda, AAFDL, 2000, pgs. 175-188; WLADIMIR BRITO, *Tribunal Penal Internacional: Uma Garantia Jurisdicional para a Protecção dos Direitos da Pessoa* in *BFDUC*, vol. LXXVI, 2000, pgs. 81-128; PEDRO CAEIRO, "“Ut Puras Servaret Manus”. Alegações contra a assunção, pelo Estado Português da obrigação de entrega ao Tribunal Penal Internacional de um cidadão que possa ter de cumprir uma pena de prisão perpétua" in *RPCC*, ano 11, fasc. 1.º, Jan.-Mar. de 2001, Coimbra Ed., pgs. 39-65; MAFALDA CARMONA, *Conflitos armados não internacionais — em especial, o problema dos crimes de guerra* in *RFDUL*, vol. XLII, n.º 1, 2001, pgs. 463-465 (pgs. 361-477); PAULA ESCARAMEIA, *Quando o mundo das soberanias se transforma no mundo das pessoas: o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e as Constituições nacionais* in *Thémis*, ano II, n.º 3, 2001, pgs. 143-182; ID., *Reflexões sobre Direito Internacional Público. Timor, a ONU e o Tribunal Penal Internacional*, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2001, pgs. 255-296; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Reflexões sobre a 5.ª revisão da Constituição portuguesa* in *Nos Vinte e Cinco Anos da Constituição da República Portuguesa*, AAFDL, 2001, pgs. 634-640 (= in *Constituição da República Portuguesa e Legislação Complementar. Actualizada com a 5.ª lei de revisão*, Jorge Bacelar Gouveia, Âncora, Lisboa, 2001); AUGUSTO MEIREIS, *O Tribunal Penal Internacional* in *Lusitana*, 1998, n.º 2, pgs. 313-325; JOÃO MANUEL DA SILVA MIGUEL, *O Tribunal Penal Internacional: o após Roma e as consequências da ratificação* in *RMP*, ano 22, Abr.-Jun. de 2001, n.º 86, pgs. 27-42; JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Principia, Cascais, 2002, pgs. 325-329; MARIA FERNANDA PALMA, *Timor: um problema de direito internacional penal* in *RMP*, ano 21, Jan.-Mar. de 2000, n.º 81, pgs. 21-22 (pgs. 11-24); ID., *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal* in *RPCC*, ano 11, fasc. 1.º, Jan.-Mar. de 2001, Coimbra Ed., pgs. 7-38 (ID., *Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal* in *Casos e Materiais de Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA et al.), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pgs. 261-288); ANA LUÍSA RIQUITO, "Do Pirata ao General: Velhos e Novos Hostes Humani Generis (Do Princípio da Jurisdição Universal, em Direito Internacional Penal)", in *BFDUC*, vol. LXXVI, 2000, max. pgs. 554-566 (pgs. 519-573); ALMIRO RODRIGUES, *A Justiça Penal Internacional na Transição de Séculos* in *Lusitana*, II série, n.º 1, Jan.-Jun. de 2003, pgs. 40-45, 67 ss. (pgs. 33-72); ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Tribunal Penal Internacional e a prisão perpétua – que futuro?* in *DJ*, vol. XV, t. 1, 2001, pgs. 11-20.

⁵⁰⁴ O art.º 9.º do ER remete para futuro acordo por maioria qualificada a definição dos elementos constitutivos dos crimes.

A preparação deste documento levanta uma série de dúvidas e reticências, que relevavam de um conjunto de considerações:

Argumentos contra a feitura de tal documento eram os seguintes:

— O documento seria desnecessário, por, não havendo nos tribunais *ad hoc* para a Ex-Jugoslávia e para o Ruanda, tal não ter impedido o seu funcionamento.

— A feitura de tal documento poderia atrasar a entrada em funcionamento do tribunal; poder-se-ia ainda desvirtuar o sentido dos artigos do Estatuto relativos a tais crimes.

— O Tribunal poderia alcançar soluções mais justas e adequadas aos casos concretos se os juízes se pudessem mover numa quadro normativo menos apertado, com recurso à sua experiência.

A favor do documento, argumentou-se outras razões:

— O documento acrescenta uma maior rigor na definição dos tipos penais, o que se traduz numa melhor e mais exigente concretização do princípio “*nullum crimen sine lege*”.

— Segundo MARIA FERNANDA PALMA, a definição de elementos deve ser interpretada como uma explicitação do acordo quanto aos critérios de responsabilidade previstos em geral no direito internacional penal e que, em parte, o Estatuto prevê nos artigos 22.º a 33.º. (A definição de elementos deve obedecer aos critérios estabelecidos para a lei aplicável (art.º 21.º, n.º 1, al. c), do Estatuto), isto é, estar de acordo com os princípios gerais derivados das leis nacionais ou sistemas legais do mundo.

— O documento pode ainda fornecer uma base de apoio mais sólida ou, pelo menos, mais transparente, às decisões do tribunal, e contribuir para que os juízes fiquem menos expostos a críticas relativamente às suas opções.

— A elaboração do documento pode originar uma maior reflexão e uma mais intensa investigação acerca dos aspectos essenciais do Estatuto.

⁵⁰⁵ Correlativamente às consequências da ratificação do Estatuto e da articulação com o ordenamento jurídico português, com a previsão de crimes no CP, proceder-se-ia à integração no direito interno de normas e de princípios de direito internacional de carácter humanitário, muitas vezes decorrentes directamente de convenções internacionais regularmente ratificadas.

Como nota JOÃO MANUEL SILVA MIGUEL, o ordenamento jurídico português não dica indiferente à ratificação do Estatuto.

Em duas situações o Estatuto parece dirigir recomendações:

— No art. 70.º, n.º 4, al. a), preceitua-se que “*cada Estado parte tornará extensivas as normas penais de direito interno que punem as infracções contra a realização da justiça*” às infracções contra a administração da justiça a que se refere esse preceito, cometidas no seu território ou por um dos seus nacionais.

— No que respeita à cooperação judiciária, o Estatuto preceitua no artigo 83.º que os Estado Partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação internacional.

Noutras situações, embora o Estatuto não o refira expressamente, há necessidade de intervenções legislativas compatibilizadoras (JOÃO MANUEL SILVA MIGUEL):

Atendendo ao princípio da complementaridade e, por outro lado, à atribuição de poderes ao Tribunal para apreciar a sua própria competência, rejeitando a competência própria dos Estados que não têm vontade ou capacidade de instaurar inquérito ou de proceder criminalmente por crimes relevando da competência do Tribunal, há necessidade de conformidade do direito positivo português com as normas do Estatuto:

Nos modelos seguidos internacionalmente, existem três vias possíveis:

1. Produção de norma legislativa que, por mera remissão para o Estatuto, integraria no direito interno as previsões típicas nele previstas;

2. Produção de norma interna, reproduzindo ou seguindo de muito perto as normas do Estatuto.

A vantagem desta solução é a certeza jurídica;

3. Reprodução das normas do Estatuto em adequada harmonização com outras obrigações assumidas noutros instrumentos de direito internacional. A vantagem desta solução é a “economia de esforços”, pelo tratamento num único documento de diversas vinculações.

Nos termos do n.º 2 do art. 8.º da Constituição, a recepção de Direito Internacional Convencional é automática.

Segundo JOÃO MANUEL SILVA MIGUEL, existe ainda outra perspectiva:

Na análise comparativa entre os tipos penais em apreço, dever-se-á surpreender, na sua essencialidade, quais os bens jurídicos protegidos, e qual a forma de compatibilizar o Código Penal com o Estatuto. A compatibilidade não se pretende como um fim em si mesma, mas como um meio para que quaisquer factos que, sendo normalmente da competência das jurisdições portuguesas, não viessem a ser por estas conhecidos por falta de norma incriminadora e viessem a ser apreciados pelo Tribunal, agindo em nome do princípio da complementaridade (JOÃO MANUEL SILVA MIGUEL, *O Tribunal Penal Internacional...*, pg. 38).

praticamente transcrita a definição constante da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 1948. Como refere ANDREAS ZIMMERMAN, foi o crime menos problemático a ser incluído no art.º 5.º, definido no art.º 6.º⁵⁰⁷, o que demonstra um consenso generalizado em torno da incriminação de genocídio⁵⁰⁸.

2.2 Fontes nacionais

Após a evolução histórica da consagração do genocídio até à redacção originária do Código Penal de 1982⁵⁰⁹, a Reforma de 1995 modificou o preceito⁵¹⁰, configurando a redacção actual:

⁵⁰⁶ Um problema concreto foi colocado em relação à medida da pena, pois, nos termos do art. 77.º do ER, a prisão perpétua é admissível “*se o elevado grau da ilicitude do facto e as condições pessoais do condenado o justificarem*”; sendo, todavia, revisível, analogamente ao sistema alemão.

O art. 120.º proíbe a formulação de reservas.

A admissibilidade constitucional desta opção jusinternacional foi admitida, entre nós, por MARIA FERNANDA PALMA, por JOSÉ SOUTO DE MOURA e por PAULA ESCARAMEIA, com vários argumentos.

Diversamente, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, JORGE BACELAR GOUVEIA e PEDRO CAEIRO opinaram contra.

A revisão constitucional extraordinária de 2001 recebeu a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, a fim de permitir a ratificação por Portugal, que ocorreu, sendo publicada em Janeiro de 2002 (*Diário da República*, I-A, n.º 15, 18 de Jan. de 2002).

⁵⁰⁷ O artigo 6.º, sob epígrafe “*Crime de genocídio*”, refere:

“*Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «genocídio» qualquer um dos actos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal:*

- a) *Homicídio de membros do grupo;*
- b) *Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;*
- c) *Sujeição do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial;*
- d) *Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;*
- e) *Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.”.*

⁵⁰⁸ O artigo 5.º, sob epígrafe “*Crimes da competência do Tribunal*”, preceitua:

“*1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afectam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:*

- a) *O crime de genocídio;*

(...)”.

⁵⁰⁹ O art.º 347.º do Projecto de EDUARDO CORREIA, sob epígrafe “*Incitação ao ódio*”, referia:

“*Quem, por maneira idónea, perturbar a paz pública ou ofender a dignidade humana alheia, incitando ao ódio ou a medidas de violência ou arbitrarias contra uma parte da população, injuriando-a, difamando-a gravemente ou fazendo-a por maldade objecto de desprezo ou de segregação, será punido com prisão de três meses a três anos.”*

Na 19.ª sessão da Comissão Revisora do Código Penal (*Actas... Parte Especial*, pgs. 339-340), segundo EDUARDO CORREIA, “*prevê-se a punição da incitação ao ódio contida por forma idónea a perturbar a paz pública ou a ofender a dignidade humana alheia. Este crime — louvor nos seja! — não é muito frequente entre nós, ao contrário de muitos outros países onde, num passado próximo ou ainda hoje, a qualidade de judeu ou de preto pode ser suficiente para expor um homem ou um grupo à cólera e ao ódio da população. Aliás esta é mais uma razão para que este tipo de crime fique previsto. Valerá como consagração jurídico-criminal das concepções integracionistas.*” (*Actas... Parte Especial*, pg. 340).

FIGUEIREDO DIAS sugeriu que a cláusula de idoneidade se referisse exclusivamente à perturbação da paz pública; o tipo de crime seria concebido, quanto à ofensa da dignidade humana, como crime de resultado.

Eduardo Correia considerou que o tipo de crime se deveria manter como crime de perigo em toda a sua extensão; devendo considerar-se igualmente dignos de punição os casos em que, apesar de não ter havido

Art.º 239.º
(Genocídio)

- “1 — Quem, com intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal, praticar:*
- a) Homicídio de membros do grupo;*
 - b) Ofensa à integridade física grave de membros do grupo;*
 - c) Sujeição do grupo a condições de existência ou a tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, susceptíveis de virem a provocar a sua destruição, total ou parcial;*
 - d) Transferência por meios violentos de crianças do grupo para outro grupo; ou*
 - e) Impedimento da procriação ou dos nascimentos do grupo.”⁵¹¹*

ofensa da dignidade humana alheia, a conduta foi, no entanto, idónea para criar esta ofensa (*Actas... Parte Especial*, pg. 340).

O tipo de crime não tinha, pois, correspondente no Projecto de EDUARDO CORREIA (Projecto da Parte Especial do Código Penal de 1966). Contudo, constava da Proposta de Lei n.º 221/I, tendo desembocado, como consagração legislativa, no art.º 189.º do Código Penal de 1982.

A redacção originária do Código Penal de 1982 referia no artigo 189.º (Genocídio e discriminação racial):

- “1. Quem, com intenção de destruir, no todo ou em parte uma comunidade ou um grupo nacional, étnico, racial, religioso ou social, praticar alguns dos actos seguintes:*
- a) Homicídio de membros da comunidade ou do grupo;*
 - b) Ofensa grave à integridade física ou psíquica de membros da comunidade ou do grupo;*
 - c) Sujeição da comunidade ou do grupo a condições da existência ou a tratamentos desumanos, susceptíveis de virem a provocar a destruição da comunidade ou do grupo;*
 - d) Transferência violenta de crianças para outra comunidade ou outro grupo; será punido com prisão de 10 a 25 anos.*
- (...)”.*

⁵¹⁰ No início da análise do Título relativo, os crimes contra a paz e a humanidade, o Senhor Professor FIGUEIREDO DIAS justificou, com breves palavras, a razão da Reforma.

“O Projecto que se apresenta é muito próximo do Anteprojecto de 1987 e nesse sentido é pouco inovador.

Os crimes em apreço são basicamente de origem convencional e as alterações têm também subjacente essa matriz fundamental.

Reserva importante deve fazer-se, no entanto, neste domínio: as convenções internacionais não obrigam o Estado português a transmutá-las em direito interno, mas sim, o que é muito diferente, a punir de forma adequada os crimes a que elas aludem.

É neste contexto que o presente projecto foi elaborado.

(...)

18. Genocídio

Quem, com, intenção de destruir, no todo ou em parte, determinado grupo nacional, étnico, racial, religioso (ou social), praticar alguns dos actos seguintes:

- a) Homicídio de membros do grupo;*
- b) Ofensa à integridade física grave de membros do grupo;*
- c) Sujeição do grupo a condições de violência ou a tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, susceptíveis de virem a provocar a sua destruição, total ou parcial;*
- d) Transferência por meios violentos de crianças do grupo para outro grupo; ou*
- e) Impedimento da procriação ou dos nascimentos do grupo, será punido com pena de prisão de 10 a 25 anos.”*

O projecto segue o Anteprojecto de 1987 onde se aditava a alínea e).

⁵¹¹ Comparando as tipificações, temos o seguinte quadro:

2.3 Comparação entre as fontes

INSERÇÃO SISTEMÁTICA	CÓDIGO PENAL CAPÍTULO II (DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE) DO TÍTULO III (DOS CRIMES CONTRA A PAZ E A HUMANIDADE)	ESTATUTO DE ROMA Capítulo II (Competência, admissibilidade e Direito aplicável) (fora dos “Crimes contra a Humanidade”)	OUTRAS FONTES
Preceitos	Art.º 239.º — Genocídio	Art.º 6.º (e art.º 5.º, n.º 1, al. a))	Art.º 2.º, 1.º, 3.º, al. a), da CPRCG (cfr. ainda Preâmbulo) art.º 4.º do ETCJ; art.º 3.º do ETCR
PROÉMIO	1 — Quem, com intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal, praticar:	Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “genocídio”, qualquer um dos actos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal;	Art.º 2.º da CPRCG: Na presente Convenção, estende-se por genocídio os actos abaixo indicados, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico racial ou religioso, tais como: (art.º 2.º, proémio, do art.º 4.º do ETCJ)
Genocídio físico	a) Homicídio de membros do grupo;	a) Homicídio de membros do grupo;	a) Assassinato de membros do grupo
Genocídio físico	b) Ofensa à integridade física grave de membros do grupo;	b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;	b) Atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo;

Genocídio físico	c) Sujeição do grupo a condições de existência ou a tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, susceptíveis de virem a provocar a sua destruição, total ou parcial;	c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial;	c) Submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial;
Genocídio biológico	d) Transferência por meios violentos de crianças do grupo para outro grupo; ou	e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.	e) Transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo.
Genocídio biológico	e) Impedimento da procriação ou dos nascimentos do grupo;	d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;	d) Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
Moldura penal (preceito secundário)	é punido com pena de prisão de 12 a 25 anos		

3. Carácter “*iuris cogentis*”

A proibição do genocídio tem carácter “*iuris cogentis*”⁵¹².

3.1 Durante a Segunda Guerra Mundial, não faltaram acordos, expressos ou tácitos, entre Estados referentes à deportação de milhares dos seus próprios cidadãos para serem exterminados por outro; não faltaram acordos autorizando e dando assistência a um genocídio:

A Alemanha obteve o acordo da Roménia, da Bulgária e, a partir de Março de 1944, da Hungria, quanto a deportações e subsequente massacre de cidadãos de etnia judaica.

Estes acordos eram uma tentativa de derrogação às proibições impostas pelas normas costumeiras referentes à tutela da vida, liberdade e integridade física dos indivíduos em geral, e das minorias em particular (quanto ao genocídio e quanto à deportação (“crimes contra a humanidade”).

A este respeito, há uma nota diplomática do Embaixador dos EUA na Suíça ao Secretário de Estado norte-americano.

⁵¹² Assim, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, “*Ius Cogens em Direito Internacional*”, Lex, Lisboa, 1997, pg. 237.

A não privação arbitrária da vida e o conseqüente crime de genocídio foi reafirmado mais tarde, por Cartas dos Tribunais Internacionais, pela Assembleia Geral das Nações Unidas e pela Convenção do Genocídio, o que confirma o carácter costumeiro e claramente “*iuris cogentis*”⁵¹³.

3.2 A não privação arbitrária da vida e o conseqüente crime de genocídio foi reafirmado mais tarde, por Cartas dos Tribunais Internacionais, pela Assembleia Geral das Nações Unidas e pela Convenção do Genocídio, o que confirma o carácter costumeiro e claramente “*iuris cogentis*”⁵¹⁴.

A CPRCG sublinha o mero carácter declarativo, pois a proibição inscreve-se no campo normativo do “*ius cogens*”, aceite e reconhecida pela comunidade internacional no seu conjunto, sem admitir contrário.

Os princípios que estão na base da CPRCG são reconhecidos pelas “nações civilizadas” como vinculativos para os Estados, para além de qualquer norma convencional.

3.3 O Tribunal Internacional de Justiça, no Parecer sobre as Reservas à Convenção do Genocídio, de 28 de Maio de 1951, reconheceu esta asserção, ao atribuir carácter universal à condenação do genocídio⁵¹⁵⁻⁵¹⁶.

Com efeito, o reconhecimento de normas imperativas universais expresso no Parecer sobre a CPRCG; o objecto da Convenção é condenar e reprimir o genocídio como “*crime de droit des gens*”, pois ele implicaria recusar o direito à existência de grupos de pessoas, o que é contrário à moral e ao espírito e fins das Nações Unidas. A Convenção não reveste a natureza contratual de um conjunto de direitos e obrigações, antes se caracteriza como um acordo de aceitação de determinados princípios gerais de conduta⁵¹⁷⁻⁵¹⁸.

⁵¹³ EDUARDO CORREIA BAPTISTA, “*Ius Cogens...*”, pg. 406.

⁵¹⁴ EDUARDO CORREIA BAPTISTA, “*Ius Cogens...*”, pg. 406.

⁵¹⁵ MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *As Reservas...*, pg. 56.

⁵¹⁶ Segundo NGUYEN QUOC DIHN, os princípios não são os referidos no art.º 38.º do Estatuto do TIJ, mas sim os princípios gerais de direito costumeiro em vigor ou em formação, que foram “positivados” na Convenção de 1948 (*apud* MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *As Reservas...*, pg. 56).

⁵¹⁷ OPPENHEIM *apud* MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *As Reservas...*, pg. 55.

⁵¹⁸ O mencionado Parecer do TIJ teve origem nas objecções apresentadas pela Guatemala e o Equador às reservas formuladas pela União Soviética e por outros países do bloco de Leste. As reservas apostas pela União Soviética eram relativas ao art.º IX, concernente à competência do TIJ, e ao art.º XII, que continha uma disposição territorial.

O Equador e a Guatemala transmitiram as suas objecções ao Secretário-Geral da ONU. Estas objecções levaram o Secretário-Geral a remeter o assunto para a Assembleia Geral, a qual solicitou ao TIJ um parecer sobre as reservas à CPRCG, e à Comissão de Direito Internacional o estudo da questão das reservas às convenções multilaterais em geral.

O TIJ considerou o seguinte:

i) foi afastada a teoria tradicional do consentimento unânime dos Estados como regra universal. Embora tivesse um valor de princípio, não seria aplicável a todas as convenções, designadamente às celebradas no âmbito das Nações Unidas, cujo carácter universal pressupõe uma larga participação de Estados membros e não membros.

ii) a regra da unanimidade era apenas uma prática administrativa;

iii) o modo de adopção da CPRCG, através de uma série de votos maioritários sucessivos, facilita a conclusão, embora implique a formulação de reservas para alguns Estados, nomeadamente os minoritários na votação. Contudo, “*in casu*”, a votação do texto final foi unânime, por cinquenta e seis Estados, embora o articulado tivesse sido objecto de sucessivos votos minoritários.

iv) A CPRCG não incluía nenhuma cláusula de reservas, pelo que importava considerar a interpretação da vontade da Assembleia Geral e das partes. Assim, os trabalhos preparatórios demonstram que foi decidido não inserir uma cláusula de reservas na Convenção, mas a faculdade de formular reservas foi tida em conta (*apud* MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *As Reservas...*, pg. 57).

Foram tidas em conta as características especiais da CPRCG, pois a eliminação da totalidade ou de parte de um grupo racial, étnico ou religioso constitui uma tal atrocidade que as suas normas se

O TIJ, no caso “*Barcelona Traction*”, reconheceu certas obrigações de cada Estado em face de todos os Estados, por exemplo, a proibição do genocídio.

4. A admissibilidade da protecção da Humanidade como bem jurídico

Para compreender o bem jurídico protegido pela incriminação do genocídio, teremos de a pesquisar primeiramente no plano extrajurídico, no intuito de recebermos o necessitado húmus construtivo, segregador de um pensamento humanista, pois o bem jurídico é algo “*comprimido como uma estrela de fusão*”⁵¹⁹.

SÉNECA referia que “*A primeira coisa que a filosofia nos garante é o senso comum, a humanidade, o espírito de comunidade, coisas de cuja prática nos afastará uma vida demasiado diferente.*”⁵²⁰.

São sugestivas, na Literatura as frases de JOHN DONNE: “*Nenhum homem é uma ilha isolada; cada homem é uma partícula do continente, uma parte da terra; (...) a morte de qualquer homem diminui-me, porque sou parte do género humano. E por isso não perguntes por quem os sinos dobram; eles dobram por ti.*”⁵²¹, uma perda que atinge a humanidade e nos deixa todos mais pobres) (v. também o “*Alegria da Morte*”, de D.H. LAWRENCE⁵²²⁻⁵²³).

Confronte-se mesmo a frase em tom irónico de ALMADA NEGREIROS:

“*As frases que hão-de salvar a humanidade já estão todas escritas, continua a faltar uma coisa: salvar mesmo a humanidade.*”

4.1 Primeiro houve homens; só depois a humanidade. A humanidade era apenas um conceito ou ideal e jamais uma realidade⁵²⁴. Primeiro nos homens, esteve presente o

impõem não só pelo seu carácter universal como pela elementar preservação do direito à vida dos membros dos seus grupos e devem vincular todos os Estados da Comunidade internacional (MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *As Reservas...*, pg. 58).

O TIJ instituiu assim uma nova concepção de admissibilidade das reservas, segundo a qual a regra da compatibilidade com “*o objecto e o fim do tratado*” constitui, na falta de disposição expressa, a única condição de validade das reservas (MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *As Reservas...*, pg. 61) (v. MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *As Reservas...*, pgs. 55 ss.).

⁵¹⁹ Expressão com que um musicólogo (BASIL LAME) qualifica o primeiro andamento da quinta Sinfonia, uma das “*glórias da Humanidade*”, de LUDWIG VON BEETHOVEN.

⁵²⁰ SÉNECA, *Cartas a Lucílio*, FCG, Lisboa, pg. 11.

⁵²¹ *Apud* ERNEST HEMINGWAY, *Por Quem os Sinos Dobram*, trad. de Monteiro Lobato, Livros do Brasil, Lisboa, 2001, epígrafe de abertura (original: *For Whom the Bell Tolls*), pg. 5 (*apud* também MANUEL DA COSTA ANDRADE, *A vítima e o problema criminal* in *BFDUC*, suplemento XXI, 1980, pg. 198).

⁵²² “*(...) / Mas da morte, ó morte, / também eu sei tanto de ti / que o meu saber está dentro de mim, sem ser positivamente. // (...) / Sinto-me abrir ao escuro sol da morte / em alguma coisa florida cumprida, e com um estranho e doce perfume. // Os homens impedem-se uns aos outros de ser homens, / mas nos grandes espaços da morte / os ventos do “depois” beijam-me em flores de humanidade.*” (Trad. de Paulo Quintela, *Obras Completas*, FCG, IV, Lisboa, 1999, pg. 364 (sublinhado nosso)).

⁵²³ ERICH FROMM, em *Über den Ungehorsam*, refere: “*É indubitável que nunca como hoje está tão difundido no mundo o conhecimento das grandes ideias da humanidade. Nunca, contudo, foi a sua influência também tão diminuta. Os pensamentos de Platão e Aristóteles, dos Profetas e de Cristo, de Espinoza e de Kant são hoje conhecidos por milhões de pessoas cultas na Europa e na América. Eles são ensinados em inúmeras Escolas, sobre alguns deles fazem-se prédicas em todo o mundo nas Igrejas de todas as confissões. E isto se verifica simultaneamente num mundo em que se presta obediência aos princípios de um egoísmo sem limites, se cultiva um nacionalismo histórico e se repara um tresloucado genocídio. Como é possível explicar semelhante contradição?*”

⁵²⁴ KANT concebia a humanidade como uma possível consequência final da história. A humanidade, para KANT, era o estado ideal “*num futuro remoto*”, em que a dignidade do homem

sentimento moral, conceito abstracto, ideal político ou religioso⁵²⁵. Os grupos estabeleceram relações entre si; daí a existência de laços indefectíveis no relacionamento entre os grupos.

A evolução da consciência universal leva a que a humanidade ultrapassa as barreiras do espaço e da natureza e os muros até então infranqueáveis da história e da cultura⁵²⁶. A consequência política mais imediata desta nova situação histórica, na qual a humanidade começa realmente a ocupar o seu lugar, que antes era atribuído à natureza ou à história, é a seguinte: uma parte da responsabilidade efectiva dos membros de cada comunidade nacional é transplantável internacionalmente⁵²⁷.

A abstracção da comunidade mundial é expressa pela unidade universal do convívio humano, na expressão da encíclica “*Pacem in Terris*”. Nesta encíclica, estabelece-se uma hierarquia, desde os bens comuns das várias comunidades políticas ao bem comum universal da comunidade internacional. Esta deve ter poderes públicos para resolver problemas de conteúdo económico, político ou cultural⁵²⁸.

O mundo, essa sociedade internacional do género humano é, umas vezes, qualificado como “sociedade internacional”, expressão que envolve menor coesão, mas, noutras, é referido como comunidade internacional (tendo em conta a distinção de FERDINAND TÖNNIES entre *Gesellschaft* e *Gemeinschaft*⁵²⁹).

O passo seguinte — criação de um Estado Mundial — não é utopia: para casos críticos, seguindo o pensamento de JOSÉ ADELINO MALTEZ, já temos um Estado Mundial. É, todavia, limitado nas funções, pois funciona bem em pequenas atribuições⁵³⁰. Com efeito, a precisão dos pontos é a melhor aliada da supraestadualidade, ao nível da integração política. “há sinais e sementes de integração internacional, com a criação de novos pólos de poder supra-domésticos, polidos e civilizados, para onde os indivíduos podem transferir expectativas e lealdades, gerando uma rede de pluralidade de pertenças, uma constelação de massas de actividade”⁵³¹. Existem vários exemplos: i) a União Internacional das Telecomunicações, relativamente à gestão do espectro rádio-eléctrico, bem como a Convenção Postal Internacional, relativa às comunicações pelo correio; ii) a regulação da navegação aérea; iii) a protecção internacional do ambiente, bem como a protecção do património cultural e arquitectónico; iv) no Direito do Mar, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982 (de Montego Bay), entrada em vigor em Novembro de 1993, nomeadamente a Parte relativa à Área⁵³²; v) o Tratado de 1979 sobre as actividades dos Estados na Lua e outros corpos celestes.

coincidiria com a condição do homem na terra. Para HEGEL, a humanidade manifesta-se no “*espírito do mundo*”.

⁵²⁵ CABRAL DE MONCADA, *Filosofia...*, 2.º vol., pg. 225.

⁵²⁶ Cfr. HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, pg. 869.

⁵²⁷ HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, pg. 869.

⁵²⁸ PAULO VI, na *Constituição Pastoral sobre a Igreja no Mundo Contemporâneo*, de 7 de Dezembro de 1965, refere-se também à edificação da comunidade internacional, exigindo que a comunidade das nações, em nome do bem comum universal, dê esse passo, a partir das instituições internacionais, mundiais ou regionais existentes, consideradas como os primeiros passos para lançar os fundamentos de toda a comunidade humana (cap. V, secção II).

⁵²⁹ JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pg. 63.

⁵³⁰ JOÃO PINTO RIBEIRO (n. 1590 — m. 1649) propugna a procura de uma república maior, a caminho de outras repúblicas maiores, sem o exclusivismo soberanista e o geometrismo estadualista, piramidal e centralista, como foi timbre dos absolutismos e dos jacobinismos (JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pg. 33).

⁵³¹ JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pg. 32.

⁵³² Em 1967, ARVID PARDO havia apresentado uma proposta de afectação dos fundos oceânicos para além das jurisdições universais, a um regime internacional orientado pela regulação do acesso aos recursos, pela regulação expressa do uso do espaço comum e da aplicação de critérios de

Por outro lado, existem já alguns princípios universais⁵³³. Um dos princípios é o da proibição do genocídio.

4.3 Parafraçando STUART MILL, em particular na II Guerra Mundial, “A humanidade tornou-se rapidamente inábil para conceber a diversidade, quando por tanto tempo se desacostumou de a ver.”⁵³⁴. O que se passou em Auschwitz continua a acontecer e a tocar todos nós⁵³⁵.

Perante a situação no segundo pós-guerra, emergiu uma entidade política una — o novo conceito de “*crimes contra a humanidade*”, formulado pelo juiz ROBERT H. JACKSON no processo de Nuremberga, veiculando a primeira e mais importante ideia do Direito Internacional, segundo HANNAH ARENDT⁵³⁶.

justiça distributiva ao aproveitamento de recursos (concretizada nas imposições em benefício de toda a Humanidade, de salvaguarda dos direitos das gerações futuras e de tratamento preferencial dos países em desenvolvimento). A Parte XI da Convenção das Nações Unidas de 1982 sobre o Direito do Mar consagrou a expressão “património comum da humanidade” (“*A Área e seus recursos são património comum da Humanidade*” (art.º 136.º), princípio irrevisível (art.º 311.º, n.º 6)), atribuindo a titularidade da Área e respectivos recursos à própria Humanidade no seu conjunto (nos termos do n.º 2 do art.º 137.º, a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos actua em nome da Humanidade em geral (v. artigos 156.º ss.). As actividades na Área devem ser realizadas “em benefício da Humanidade em geral”, não se limita aos Estados costeiros, que tenham uma situação geográfica mais favorável; abrange ainda povos não independentes (art.º 140.º, n.º 1). O património comum da Humanidade é baseado em quatro princípios: o da não apropriação comum individual dos recursos; o princípio da igualdade de acesso, o princípio da utilização óptima e racional, o princípio da festão internacional (PAULO OTERO, *A Alta Autoridade dos Fundos Marinhos. Análise Estrutural e Natureza Jurídica*, AAFDL, 1988, pg. 42) (a Parte XI acolhe a regulação supra-nacional, centralizada (pondo de lado a regulação pelo mercado, descentralizada) (JOSÉ MANUEL PUREZA, *Institucionalizar o Património Comum da Humanidade: Um Dilema para o Direito Internacional in Revista Portuguesa de Instituições Internacionais e Comunitárias*, n.º 2, ISCSP, Lisboa, 2.º semestre de 1996, pg. 125). Os Estados são vinculados a conformarem-se com as disposições da Parte XI (art.º 138.º), tendo obrigação de zelas pelo cumprimento e sendo responsabilizados por danos (art.º 139.º)). Segundo RENÉ-JEAN DUPUY, está em causa a humanidade transpacial — o universalismo —, bem como a humanidade transtemporal. A Comunidade internacional é meramente gestora.

v. o estudo de PAULO OTERO, *A Alta Autoridade dos Fundos Marinhos...*, pgs. 53 ss., em que analisa a natureza do património comum da humanidade (as várias concepções, nomeadamente o da constituição de um fideicomisso (*trust*) a favor das gerações futuras), concluindo ser uma ficção jurídica atribuir a titularidade da Área e dos seus recursos à humanidade (esta não pode ser titular de um direito de propriedade colectiva, nomeadamente por não ter personalidade jurídica (PAULO OTERO, *A Alta Autoridade dos Fundos Marinhos...*, pgs. 60-62); quem exerce uma titularidade onerada é a Autoridade, funcionando o património comum da humanidade como substrato territorial e fideicomisso da Autoridade) (para uma análise estrutural desta, bem como para a explicitação da sua natureza, v. o último estudo citado, pgs. 75 ss).

⁵³³ Embora nem sempre de aplicação efectiva.

Por exemplo, em relação às democracias políticas, em 27 de Junho de 1986, a propósito da Nicarágua, o Tribunal Internacional de Justiça estabeleceu o princípio das eleições periódicas e honestas, que passou a ser regra consensualmente aceites por todos os Estados do Mundo. Evolui-se para uma Declaração Universal sobre a Democracia, na sequência de uma reunião da União Interparlamentar, de 1995, onde se reconheceu que a democracia é um ideal universalmente reconhecido, baseado em valores comuns às pessoas de todas as partes do mundo, independentemente das diferenças culturais, políticas ou económicas, baseando-se em dois princípios nucleares: a participação e a responsabilidade. Estes sinais foram confirmados pela Declaração do Milénio da Assembleia Geral da ONU, de 8 de Setembro de 2000, onde se consagrou o princípio da promoção da democracia e do fortalecimento do Estado de Direito (JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pg. 58).

⁵³⁴ STUART MILL, *Ensaio sobre a liberdade*, trad. revista e prefaciada por Orlando Vitorino, Arcádia, Lisboa, 1973 (original “*On Liberty*”), pg. 177.

⁵³⁵ RICCARCO MORELLO, “*Paul Celan: Todesfuge*” (fonte: Internet), pg. 4.

⁵³⁶ HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, pg. 870.

Uma profunda e espalhada mudança de mentalidades na sociedade internacional em favor da universalização da ideia dos direitos do homem⁵³⁷.

O “*crime contra a humanidade*” é, na expressão de ALBERT DE LA PRADELLE, “*uma revolução no Direito Penal Internacional*”.

A ideia de Humanidade, uma vez desembaraçada de toda a sua carga sentimental, comporta uma consequência de peso no plano político: de uma maneira ou de outra, devemos assumir a responsabilidade de todos os crimes cometidos pelos homens, e os povos devem assumir a responsabilidade do mal cometido por outros povos.

De um ponto de vista político, a ideia de humanidade — uma humanidade que não exclui de si nenhum povo e a nenhum atribui o monopólio da sua falta — é a única garantia que podemos ter a fim de evitar que as “*raças superiores*”, alternadamente, se sintam obrigadas a exterminar as “*raças inferiores indignas de sobreviverem*”, refere HANNAH ARENDT⁵³⁸; pois os crimes contra a humanidade são uma espécie de especialidade dos regimes totalitários⁵³⁹.

O conceito de direitos do homem não pode ser encontrado se não se referir à própria condição humana, que depende da pertença a uma comunidade humana, o direito de não depender de uma dignidade humana inata⁵⁴⁰⁻⁵⁴¹⁻⁵⁴². Nos crimes contra a Humanidade, nega-se a identidade do outro.

Segundo MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, o núcleo duro do Direito Penal é sempre composto por aqueles bens que mais directamente contendem

⁵³⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, Almedina, Coimbra, 2001, pg. 30.

⁵³⁸ HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pgs. 74-75.

⁵³⁹ HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme...*, pg. 870.

⁵⁴⁰ HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, pg. 873.

⁵⁴¹ Intrínseca à condição humana, é a condição de ser livre. A liberdade faz parte da essência da pessoa humana; onde não há liberdade não há humanidade (FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade...*).

⁵⁴² Uma ideia aproximativa é da analogia entre as discriminações raciais e sexistas (TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pgs. 129 ss.).

A ideia de TERESA PIZARRO BELEZA é da de que o processo histórico que deu origem ao momento actual, de que faz parte a invenção da raça (*Mulheres, Direito e Crime...*, pg. 133). Não é nos nossos genes que reside a diferença. “*Os Códigos de sentido de que foram investidas tais variáveis biológicas são fenómenos culturais, só historicamente apreensíveis*, de que fazem parte essencial os processos de absorção pelo senso comum das categorias (...)” (TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pgs. 134-135 (ênfase original)). Quais os agentes destas lucubrações deste processo histórico de discriminação? Por um lado, a prática social (*ID.*, pg. 404); por outro, *discurso científico-político de alteridade, da segregação discursiva autoritária do OUTRO, do diferente, daquilo que não-é*” (*ID.*, pg. 136 (ênfase original)). O Direito pode ser — como se demonstra pelas leis de Nuremberga — um dos campos da diferença, “*enquanto lei, justiça, prática*” (TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pg. 404).

A raça é uma noção formal, extrínseca, mais subjectiva do que objectiva — é algo apostado à realidade natural. sexo e raça são criações discursivas (*Mulheres, Direito e Crime...*, pg. 549).

No entanto, traz consequências importantes: o sexo e a raça têm efeitos reais na esfera pessoal, social e política, como refere T. TERESA PIZARRO BELEZA, em *Mulheres, Direito e Crime...*, pg. 549).

JOÃO BAPTISTA MACHADO (*Introdução...*, pg. 347) considera que, em todo o discurso sobre is próprio, o homem tem que simultaneamente “pensar a diferença”. “*se se trata de um pressuposto originário da própria “humanidade” do homem, se está em causa uma das próprias condições transcendentais da possibilidade de o homem ser homem pela integração numa “comunidade comunicativa” e de se pensar como diferente em relação à natureza, então o mesmo homem já não pode considerar esse pressuposto como objecto do seu “poder de disposição” sem negar a sua própria identidade — e, portanto, sem incoerência. Ao pensar-se como diferente, implicitamente pensa e aceita os pressupostos originários (transcendentais) dessa diferença; ao discorrer sobre esses pressupostos, não os pode recusar (nem sequer questionar com sentido) sem negar aquela diferença.*” (JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, pg. 347).

com a dignidade humana — de uma ou outra forma, sob novas roupagens, ameaçados com novos instrumentos, os casos considerados mais dignos de tutela, em relação aos quais se reclama mais insistentemente protecção, indo até à forma de prevenção mais motivadora-dissuasora, são os que afectam a vida, a integridade física, a liberdade do homem e, assim, atingem a sua dignidade de forma mais directa e mais drástica. E isto, mesmo quando estão em causa bens colectivos, bens de cariz social — pois estes atingem o homem enquanto ser social, naqueles bens que são também mais essenciais à sua realização (digna) em comunidade⁵⁴³.

Os crimes contra a paz e a humanidade são uma “*inovação no nosso ordenamento jurídico de enorme ressonância doutrinal e que assume uma qualificação de ponta na necessidade de se tipificar determinadas condutas que violam valores que a comunidade internacional reconhece como essenciais ao seu desenvolvimento*”⁵⁴⁴.

A criação de tribunais internacionais para julgamento de crimes contra a humanidade demonstra a mudança de mentalidades na sociedade internacional em favor da universalização da ideia de direitos do homem, não havendo dúvidas de que o indivíduo é, enquanto titular de direitos humanos, sujeito de direito internacional comum⁵⁴⁵.

Na sistematização do CP português, o genocídio vem incluído nos Títulos III; dentro deste, no Capítulo II, respeitante aos “*Crimes contra a Humanidade*” (diversamente, no ER, o genocídio figura no art. 6.º, ao passo que os “*crimes contra a Humanidade*” figuram como noção autónoma, no art. 7.º)⁵⁴⁶.

4.4 O bem jurídico protegido pela incriminação do genocídio

O genocídio é, por excelência, um crime contra a Humanidade. O preâmbulo da CPRCG reconhece que em todos os períodos da História, o genocídio infligiu grandes perdas para a humanidade.

O bem jurídico protegido⁵⁴⁷ consiste na existência do grupo ou grupos humanos, qualquer que seja a sua raça, religião (lembre-se os versos de WALT WHITMAN: “*Os*

⁵⁴³ MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, «*Constituição e Crime*»..., pgs. 407-408.

⁵⁴⁴ Introdução do Decreto-Lei n.º 400/92, de 23 de Setembro, 20.

⁵⁴⁵ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*..., pg. 30.

⁵⁴⁶ A reforma do Código Penal de 1995 reorganizou na Parte Especial a sua sistemática. Os crimes conta interesses individuais – pessoais ou patrimoniais – têm agora precedência sobre os crimes contra interesses colectivos. Segundo o critério de TERESA PIZARRO BELEZA (*A revisão da Parte Especial*..., pg. 99), a reorganização da Parte Especial parece ser o retrato sistemático de um individualismo algo exacerbado. A bondade da reorganização é parcial: apenas se reporta à precedência dos crimes individuais sobre os crimes contra o Estado. Diversamente, os crimes contra a Humanidade deveriam constar em primeiro lugar da Parte Especial do Código Penal. Sobre as razões que presidiram à colocação dos crimes contra as pessoas em primeiro lugar, v. *Actas*..., Parte Especial, pgs. 12-13. Na altura, todavia, não existia o actual capítulo de Crimes contra a Humanidade (existia apenas o Título III (Dos Crimes contra valores e interesse da Comunidade Social ou da Vida em Sociedade, cujo capítulo I era intitulado “*Dos Crimes contra os Fundamentos Ético-Sociais da Vida Social*”).

⁵⁴⁷ A lei penal, enquanto lei restritiva de direitos, liberdades e garantias, expressamente prevista na Constituição (art. 27.º, n.º 2), poderá intervir apenas para tutelar (e limitando-se ao necessário para tal tutela) outros valores com relevo constitucional) (18.º, n.º 2, da Constituição).

Na feliz expressão de ROXIN (*Problemas Fundamentais de Direito Penal*, trad. de Ana Paula Natscheradetz, de Ana Isabel de Figueiredo e de Maria Fernanda Palma, Vega, 2001, pg. 29), deve utilizar-se o Direito Penal para proteger os bens jurídicos essenciais e assegurar os objectivos das

prestações necessárias para a existência, apenas onde não bastem para a sua prossecução meios menos gravosos.

A expressão “bem jurídico” não foi utilizada por BIRNBAUM. A noção de bem jurídico triunfa sobre conceitos alternativos e concorrentes (como o direito subjectivo ou interesse) (MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, pg. 134).

Para HONIG, os objectos ou dados da vida ou do mundo real só podem ser convertidos em bens por referência a uma consciência valoradora ou a um sujeito que afirme a qualidade valiosa de tais realidades. O conceito de bem jurídico só deve entender-se com síntese categorial, através da qual o pensamento se esforça por compreender em fórmulas curtas o sentido e o fim dos diversos preceitos criminais.

O bem jurídico opera a normatização e a positivação do objecto do crime e, por outro lado, converteu o sistema jurídico em instância que determina os objectos a tratar (COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo...*, pg. 37).

Existem várias definições de bens jurídicos, referidas no trabalho de MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA «*Constituição e Crime*». *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Univ. Católica Editora, Porto, 1995, pgs. 82-83):

— bens vitais imprescindíveis para a convivência humana em sociedade, merecedores de protecção através do poder coactivo do Estado representado pela pena (JESCHECK);

— pressupostos incindíveis para a existência em comum, que se concretizam numa série de situações valiosas, devendo o Estado moderno assegurar ainda, se necessário com os meios do Direito Penal, o cumprimento das prestações públicas de que depende o indivíduo no âmbito da assistência social por parte do Estado (ROXIN).

— realidades ou posições finais (*Zwecksetzung*) úteis para o desenvolvimento dos indivíduos no quadro de um sistema social ou úteis para o próprio desenvolvimento do sistema.

— situações valiosas que podem ser alteradas pela acção humana (Jäger)

— conjuntos funcionais de valor para a nossa sociedade orientada constitucionalmente (RUDOLPHI)

— aqueles objectos de que o homem necessita para a sua livre auto-realização (MARX)

— unidade de aspectos ónticos e axiológicos através da qual se exprime o interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, as condições indispensáveis ao livre desenvolvimento e realização da personalidade ética do homem (FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade...*, pg. 17). (FIGUEIREDO DIAS)

Têm surgido visões críticas, como a de JAKOBS — referindo que o Direito Penal visar proteger bens jurídicos é substituído pela função de estabilização contrafáctica das expectativas geradas pela violação de uma norma incriminadora. A função do Direito Penal é manter padrões de acção que organizam as expectativas sociais sobre o comportamento alheio — bem como a de TERESA PIZARRO BELEZA (*A Moderna Criminologia e a Aplicação do Direito Penal in RJ*, n.º 8, Out.-Dez. de 1986, pgs. 47-48).

Segundo esta Autora, o bem jurídico desempenhou uma função histórica relevante, ao limitar os comportamentos susceptíveis de serem incriminados. Hoje, ou não cumpre a sua função inicial ou, excepto na referência axiológica à Constituição, é uma noção que não adianta muito: é petição de princípio, advinda de uma pré-compreensão. É difícil um catálogo definido. A “*compatibilidade axiológica*” é o máximo onde poderemos chegar. É uma “*definição puramente formal, contingente*” (TERESA PIZARRO BELEZA, *A Moderna Criminologia...*, pg. 48).

Quando em Direito Penal se discute a ideia de bem jurídico como limitadora dos factos a incriminar, usa-se normalmente uma linguagem que pressupõe consensos muito amplos quando ao que sejam os interesses fundamentais dos membros de uma sociedade e uma semelhança de “poder de negociação”, ou de “poder de afirmação”, quando ao que sejam esses interesses e a sua hierarquização (TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pg. 379).

Esta perspectiva ignora os profundos desequilíbrios de poder discursivo; a definição do que sejam os bens jurídicos fundamentais está estreitamente ligada às forças dominantes da sociedade (TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, I, pg. 47)

Na própria definição e hierarquização dos bens jurídicos, os juristas parecem ter-se “apropriado” do poder definitório dos pressupostos de formalização dos conflitos sociais (TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pg. 379).

A possibilidade de intervenção jurídico-penal só é possível se determinadas actuações forem conceptualizadas como prejudiciais (TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pgs. 379-380, 395).

nascimentos trouxeram-nos riqueza e diversidade, / E outros nascimentos nos trarão riqueza e diversidade.”⁵⁴⁸).

O genocídio atenta contra a diversidade humana enquanto tal, isto é, contra uma característica do “*estatuto do ser humano*”⁵⁴⁹ (qualificado pelo procurador FRANÇOIS DE MENTHON), sem o qual as palavras “*género humano*” ou “*humanidade*” não teriam sentido⁵⁵⁰.

Só o direito do homem corresponde à unicidade do crime contra a humanidade. É o **único direito** que pode ser garantido pelo concerto entre as nações e por si mesmo⁵⁵¹.

A negação da humanidade simbolizada nos crimes contra a Humanidade não é mais suportada pela Humanidade, que se sente chamada à responsabilidade da defesa do seu valor⁵⁵².

Intolerável porque, ao negar a humanidade do homem, a sua essência, fere irremissivelmente os fundamentos da existência comunitária⁵⁵³.

O substrato ideológico deste bem jurídico é o conhecimento do pluralismo universal das religiões, grupos, raças ou etnias e o nível de igualdade em que todas se encontram⁵⁵⁴ e ainda o interesse que a comunidade internacional tem na sua subsistência (vide a opinião de MUÑOZ CONDE⁵⁵⁵ e da generalidade da Doutrina⁵⁵⁶).

Para VIVES ANTÓN, o bem jurídico é a convivência internacional, plasmada numa série de regras universalmente aceites, concebidos não só como convivência entre

Influenciada pelo estudo da Criminologia em geral e da Sociologia Criminal norte-americana em particular, TERESA PIZARRO BELEZA refere que “*a definição legal e simbólica de comportamentos desviados (desviantes) é profundamente contingente, em termos de tempo e lugar. (...) o que hoje horroriza podia ontem ser tolerado ou apreciado e vice-versa*” (TERESA PIZARRO BELEZA, *A Moderna Criminologia...*, pg. 45). A definição varia histórica e geograficamente, de país para país, de sistema para sistema (TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, I, pg. 47). O “*comportamento desviante*” muda naturalmente no tempo e no espaço (TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º volume, pg. 247).

Há alguma relação com o grau de gravidade. O Direito Penal deve tentar proteger os bens jurídicos essenciais (TERESA PIZARRO BELEZA, *Mulheres, Direito e Crime...*, pg. 557).

O conceito de bem jurídico tem importância no concurso de crimes; por exemplo, no caso de prática de genocídio mediante cem homicídios, existe um concurso real entre o genocídio e os cem homicídios (neste sentido, a opinião defendida por TERESA PIZARRO BELEZA, MARIA JOÃO ANTUNES, *Artigo 239.º*).

Sobre o conceito de bem jurídico, v., nomeadamente, entre nós, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Ed., 2001, pgs. 46 ss., 173 ss.; KARL PRELHAZ NATSCHERADETZ, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Almedina, Coimbra, 1985, pgs. 189 ss.; *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra Ed., 1991, pgs. 51 ss.; FARIA COSTA, *O Perigo...*, pgs. 182 ss.; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra Ed., 1995, pgs. 359 ss..

⁵⁴⁸ In *Song of Myself, Leaves of Grass*, introdução e notas de Jerome Loving, Oxford University Press, 1998, XLIV (“*Births have brought us richness and variety, / And other births will bring us richness and variety*”).

⁵⁴⁹ HANNAH ARENDT, *Eichmann à Jérusalem*, pg. 1277.

⁵⁵⁰ HANNAH ARENDT, *Eichmann à Jérusalem*, pg. 1277.

⁵⁵¹ HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, pg. 871.

⁵⁵² ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Tribunal Penal Internacional e a prisão perpétua – que futuro?* in *DJ*, vol. XV, t. 1, 2001, pg. 12.

⁵⁵³ MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *Apontamento...*, pg. 98.

⁵⁵⁴ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 1999, pg. 724.

⁵⁵⁵ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, pg. 724.

⁵⁵⁶ MARIA JOÃO ANTUNES, *Artigo 239.º*, pg. 570.

Estados, mas também como coexistência pacífica dos diversos grupos humanos, hajam ou não alcançado o nível de organização e independência política que permita qualificá-los como Estados.

De acordo com GONZÁLEZ REUS, é o direito de qualquer grupo humano à sua existência, com independência das suas características nacionais, étnicas, raciais ou religiosas. Daí a colocação sistemática, no Código Penal espanhol, nos crimes contra a comunidade internacional, no âmbito das relações entre Estados, expondo assim o infractor às reacções dos outros.

Segundo ORTEGA COSTALES, o genocídio é um crime que atenta contra a humanidade, interferindo com a sobrevivência de grupos que lícitamente pretendem conservar a sua identidade. Em segundo lugar, atenta contra os próprios grupos⁵⁵⁷.

O bem jurídico é o da defesa da convivência pacífica dos homens, da manutenção ou da promoção daquele mínimo de homogeneidade dos seus valores fundamentais, objecto de consenso ético que é condição essencial de sobrevivência e desenvolvimento de uma comunidade política organizada⁵⁵⁸.

5. Tipo legal de crime

O tipo legal de crime de genocídio⁵⁵⁹ consiste em querer o elemento subjectivo especial, exterminar um grupo protegido, ao passo que crimes contra a humanidade

⁵⁵⁷ ORTEGA COSTALES, *Teoría de la Parte Especial...*, pg. 136.

⁵⁵⁸ MÁRIO ROMANO *apud* MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *Apontamento...*, pg. 43.

⁵⁵⁹ Sobre o crime de genocídio, para além da bibliografia citada a propósito de cada caso genocidário, v., entre muitos, AA.VV., *Genocide(s)*, dir. de KATIA BOUSTANY, / DANIEL DORMOY, Bruylant, Bruxelles, 1999; AA.VV., *El genocidio ante la historia y la naturaleza humana*, dir. de BEATRIZ GUREVICH / CARLOS ESCUDÉ, Universidad Toccuato Di Tella, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1994; HANNAH ARENDT, *Les Origines du totalitarisme (...)*, éd. établie sus la direction de Pierre Bourretz, trad. de Micheline Ponteau, Martine Leiris, Jean-Loup Bourget, Robert Davreau, Patrick Lévy, Gallimard, s.l., 2002; ID., *Eichmann à Jérusalem*, éd. établie sus la direction de Pierre Bourretz, trad. de Anne Guérin (1966), ver. por Michelle-Ère Brudny-de-Launay (1991), pour folio histoire révisée pour la présente édition par Martine Leibovici, Gallimard, s.l., 2002; DANIEL FEIERSTEIN, *Seis estudios sobre genocidio...*; MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU, *Mesa redonda. Tipología penal en los crímenes contra la humanidad y el genocidio* in *Crímenes contra la humanidad y genocidio*, XII Seminario «Duque de Ahumada», obra colectiva, Ministerio del Interior, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, s.l., 2001, pgs. 155-167; ROBERTO GARRETÓN MERINO, *La Protección de los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. La responsabilidad del individuo* in *Crímenes contra la humanidad y genocidio*, XII Seminario «Duque de Ahumada», obra colectiva, Ministerio del Interior, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, s.l., 2001, pgs. 17-33; ALICIA GIL GIL, *El Genocidio y Otros Crímenes Internacionales*, Valencia, 1999; GIOVANNI GRASSO, *Genocidio* in *Digesto delle discipline penalistiche*, V, Utet, 1991, pgs. 399-410; RAPHAEL LEMKIN, *Genocide. A new international crime. Punishment and prevention* in *RIDP*, 1951, pgs. 360-370; ID., *Le Genocide* in *RIDP*, 1951, pgs. 371-386; EVARISTO LÓPEZ DE LA VIESCA, *El delito de genocidio. Consideraciones penales y criminológicas*, Edersa, Madrid, 1999; JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *Mesa redonda. Tipología penal en los crímenes contra la humanidad y el genocidio* in *Crímenes contra la humanidad y genocidio*, XII Seminario «Duque de Ahumada», obra colectiva, Ministerio del Interior, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, s.l., 2001, pgs. 169-190; CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Bosch, Barcelona, 2001, pgs. 65-72, 149-156; JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS, *Mesa redonda. Tipología penal en los crímenes contra la humanidad y el genocidio* in *Crímenes contra la humanidad y genocidio*, XII Seminario «Duque de Ahumada», obra colectiva, Ministerio del Interior, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, s.l., 2001, pgs. 191-206.

requerem que a população civil seja atingida como parte de um ataque generalizado ou constante (art.º 7.º do ER)⁵⁶⁰.

O desvalor reside na intenção de eliminar sistematicamente um grupo humano, seja qual for o elo que o una e que o identifique⁵⁶¹.

5.1 Tipo objectivo de ilícito

A infracção é autónoma, podendo ser cometida em tempo de paz ou em tempo de guerra.

O agente é pessoa singular (art.º 25.º, n.º 1, do ER), maior de 18 anos (art.º 26.º, n.º 1, do ER).

A qualidade de oficial é irrelevante (art.º 27.º do ER), ou seja, existe o afastamento expresso dos privilégios e imunidades inerentes às funções oficiais do arguido.

Os sujeitos activos têm carácter misto, podendo ser governantes, funcionários.

5.1.1 Sujeito passivo. Grupos protegidos

A vítima ou sujeito passivo do genocídio, segundo a sentença MUSEMA do TCIR, é o membro de um grupo seleccionado como tal, o que, em última instância, significa que o que a vítima do crime de genocídio é o próprio grupo, não a pessoa individualmente considerada⁵⁶².

O facto deve visar um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, o que deixa fora do tipo acções contra uma só pessoa⁵⁶³.

Um grupo étnico é aquele cujos membros partilham uma língua ou cultura comuns; ou um grupo que se distingue, enquanto tal (auto-identificação); ou um grupo identificado como tal por outros, incluindo os autores do crime (identificação por outrem)⁵⁶⁴⁻⁵⁶⁵.

Segundo JOSÉ JOAQUIM ALMEIDA LOPES⁵⁶⁶, como a lei não dá uma definição de grupo religioso, temos de enquadrar esta expressão no seu contexto, tendo em conta os demais grupos. Por esta razão, grupo religioso não tem de ser

⁵⁶⁰ Contudo, segundo o entendimento de R. J. RUMMEL, a categoria *democídio* abrange o massacre de civis, prisioneiros de guerra, refugiados em trânsito e mortos em campos de concentração, uma forma de violência colectiva que abrange o genocídio, o politicídio (massacre de adversários políticos) e o mero assassinio de massas (*apud* JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pg. 158).

⁵⁶¹ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *Um Exemplo de Jurisprudência Penal Internacional: o Caso Pinochet in Casos e Materiais de Direito Penal* (Maria Fernanda *et al.*), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pg. 294.

⁵⁶² Ac. KAYISHEMA RUZINDANA, do TCIR, www.ictr.org/ENGLISH/cases/Musema/judgement/3.htm, pg. 7.

⁵⁶³ Diversamente, alguns autores, como GLASER e VERHOEVEN, referem que um acto cometido contra um indivíduo pode ser qualificado como genocídio, sempre que medie a intenção expressa de destruição do grupo a que o indivíduo pertence. O número de vítimas determina a dificuldade de sustentar com a única vítima pode levar à destruição de todo um grupo.

⁵⁶⁴ Ac. RUZINDANA do TCIR, pg. 3.

⁵⁶⁵ Por exemplo, os planos de “*limpeza étnica*” de MILOSEVIC são enquadráveis no genocídio? Dirigem-se a grupos determinados. Os órgãos da ONU têm entendido que é uma situação próxima do genocídio / ódio e discriminação racial.

⁵⁶⁶ JOSÉ JOAQUIM ALMEIDA LOPES, *Os Crimes contra a Liberdade Religiosa no Direito Penal Português in Lusíada*, n.º 2, 1998, pg. 511.

necessariamente uma comunidade ou confissão religiosa reconhecida e registada no Registo de Confissões Religiosas existente no Ministério da Justiça, de acordo com o Decreto n.º 216/72, de 27 de Junho. A lei emprega a expressão grupo religioso em sentido amplo, para designar um conjunto de pessoas que segue uma determinada doutrina religiosa diferente das restantes, que tem a sua hierarquia e o seu regime de vida religiosa. Não é necessário que o grupo tenha 500 fiéis⁵⁶⁷.

A expressão “*enquanto tal*” significa que os actos devem ser cometidos contra uma ou mais pessoas, devido a tal pessoa ou pessoas serem membros de um grupo específico e ainda devido à sua pertença ao grupo. A pessoa é eliminada não tanto em razão da sua identidade individual quanto em razão de ser membro de um dado grupo seleccionado como tal.

5.1.1.1 Exclusão de outros conceitos de genocídio

O conceito actualmente omite os subgéneros de genocídio de grupo social ou político.

A lei não adopta uma concepção ampla de genocídio, que abrangeria os outros subtipos, como o genocídio social. Em relação a este, nos trabalhos preparatórios da revisão do CP⁵⁶⁸, no corpo do n.º 1, foi eliminada a referência entre parêntesis “(ou social)”.

Não se incluem como grupos protegidos a classe social ou profissional, a situação médica, o sexo e a idade, ou a cultura⁵⁶⁹ pois, embora existam exemplos de genocídio baseados em alguns destes critérios (como a destruição da classe média e profissional em Kampuchea ou como o extermínio dos deficientes físicos ou dos homossexuais pelos nazis), estes não constituem grupos facilmente identificáveis devido à sua falta de permanência e estabilidade, pelo que se impôs um critério restritivo, com o fim de impedir uma extensão excessiva da noção de genocídio⁵⁷⁰.

5.1.1.1.1 Genocídio político

O genocídio político consiste no extermínio de grupos humanos devido à sua pertença a um grupo ou partido político.

Nos trabalhos preparatórios da CPRCG, suscitou-se uma viva controvérsia acerca da inclusão de grupos políticos, cuja inclusão encontrou uma oposição irredutível por parte da União Soviética e da Polónia, que foi apoiada por muitos outros Estados. Após um prolongado debate, a Sexta Comissão deliberou não incluir os ditos grupos,

⁵⁶⁷ JOSÉ JOAQUIM ALMEIDA LOPES, *Os Crimes contra a Liberdade Religiosa...*, pg. 511.

⁵⁶⁸ *Código Penal. Actas...*, 1993, pg. 284.

⁵⁶⁹ O genocídio cultural dirige-se contra a liberdade de educação, de informação e honra. É cometido pela destruição de instituições ou de formas através das quais o corpo humano encontra a sua expressão; por exemplo, a proibição de utilizar um idioma próprio ou de aceder a uma biblioteca. O genocídio cultural não foi conservado, embora tivesse sido incluído no projecto redigido pelo Conselho Económico e Social.

Sobre o genocídio cultural, v. ISSIAKA-PROSPER LALÈYÊ, *Comment meurent les cultures. Interrogations Philosophico-anthropologiques sur le concept de génocide culturel* in *Génocide(s)*, dir. de Katia Boustany / Daniel Dormoy, Bruylant, Bruxelles, 1999, pgs. 265 ss.

⁵⁷⁰ *Apud* ANTONIO BLANC ALTEMIR, *La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional*, Bosch, Barcelona, 1990, pg. 196.

aceitando os argumentos formulados contra a sua admissão, que foram de diversa índole.

A protecção dos grupos políticos contra procedimentos desumanos foi defendida, entre outros, pelo Reino Unido, pelos Países Baixos e pelos Estados Unidos, que recordaram o grande número de adversários que os nazis tinham exterminado por razões políticas. O representante da França alegou que, se, no passado, os crimes de genocídio haviam sido cometidos por motivos raciais ou religiosos, era evidente que, no futuro, seriam cometidos principalmente por motivos políticos, pois numa era de ideologia, exterminar-se-ia por motivos ideológicos.

O texto original, em 1982, referia-se também “*grupo político*”. A revisão de 1995 autonomizou o crime de genocídio, que anteriormente surgia associado à discriminação racial, mas reduziu o alcance da figura⁵⁷¹.

O “caso Pinochet” é considerado um caso de “*genocídio político*”, com o objectivo de eliminar ou intimidar os adversários do regime⁵⁷².

Nos trabalhos preparatórios do ER, Portugal tentou que fossem também incluídos casos de destruição de um grupo por questões políticas, visando situações como as do Camboja (segundo o testemunho de PAULA ESCARAMEIA)⁵⁷³. A inclusão não foi feita, mas conseguiu-se que situações destas estejam largamente cobertas pelos crimes contra a Humanidade.

Propomos “*de jure condendo*” a inclusão do genocídios político.

5.1.2 No todo ou em parte

A destruição deve ser feita, no todo ou em parte. Daqui retiram-se duas consequências: a incriminação não se estende a todos os actos de violência racialmente motivada; não se exige que a destruição de todo o grupo, mas apenas de uma porção substancial dele⁵⁷⁴.

5.1.3 Genocídio físico e genocídio biológico

No que respeita ao tipo objectivo de ilícito, os actos previstos nas alíneas agrupam-se em dois géneros:

— genocídio físico, composto por actos que levam à destruição, no todo ou em parte, do grupo nacional, racial ou religioso: a morte do grupo (al. a) do n.º 1 do art.º 239.º do Código Penal);

— genocídio biológico: actos que, embora não destruindo directamente, preparam a destruição a longo prazo do grupo nacional, étnico, racial ou religioso⁵⁷⁵ (alíneas b), c), d) e e) do n.º 1 do art.º 239.º)⁵⁷⁶.

⁵⁷¹ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *Um Exemplo de Jurisprudência Penal*, pg. 302.

⁵⁷² V. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, pgs. 724-725.

⁵⁷³ Em conferência proferida na Universidade Católica Portuguesa, em Dezembro de 2001.

⁵⁷⁴ SCHABAS, comentário ao art.º 6.º, *Comentary on the Statute of the International Criminal Court. Observer's Notes, Article by Article*, Otto Triffter (ed. lit.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pg. 110.

⁵⁷⁵ MANUEL COBO DEL ROSAL *et al.*, *Curso de Derecho Penal. Parte especial. II*, dir. de MANUEL COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, 1997, pg. 969.

⁵⁷⁶ MUÑOZ CONDE segue outra sistematização, incluindo as alíneas b) e c) no conceito de genocídio físico.

5.1.4 Actos das alíneas

Os actos de genocídio constam das várias alíneas do n.º 1 do art.º 239.º e do art.º 6.º do ER (desenvolvidas nos “*Elementos dos Crimes*”⁵⁷⁷).

— Homicídio de membros do grupo⁵⁷⁸

Segundo a sentença Akayesu, do TCIR, “*killings*”, em geral, poderia incluir tanto o homicídio doloso como o homicídio negligente. Porém, no contexto, é excluído o homicídio negligente⁵⁷⁹.

— Ofensa à integridade física grave de membros do grupo⁵⁸⁰

— Sujeição do grupo a condições de existência ou a tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, susceptíveis de virem a provocar a sua destruição, total ou parcial⁵⁸¹.

Esta sujeição pode incluir a privação deliberada de condições indispensáveis de sobrevivência, como alimentos ou serviços médicos, ou expulsão sistemática dos lares.

— Transferência por meios violentos de crianças do grupo para um outro grupo⁵⁸²

⁵⁷⁷ Relativamente ao último elemento de cada crime, refere-se:

- A expressão “*no contexto de*” incluirá os actos de uma série que comece a verificar-se;

- A expressão “*manifesta*” é uma qualificação objectiva (trad. de CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA / JOSÉ MANUEL VILALONGA / RUI PATRÍCIO *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*, 2002, pgs. 119-121).

⁵⁷⁸ Segundo os “*Elementos dos Crimes*” referentes ao Estatuto de Roma, o Genocídio através de homicídio envolve o seguinte:

1. O autor matou duas ou mais pessoas.

2. Essa pessoa ou pessoas pertencia a um grupo nacional étnico, ou religioso determinado.

3. O autor teve a intenção de destruir, total ou parcialmente, esse grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal.

4. A conduta verificou-se no âmbito de uma actuação concertada contra esse grupo ou podia por si só causar essa destruição.

⁵⁷⁹ SCHABAS, comentário ao art.º 6.º, pg. 112.

⁵⁸⁰ Segundo os “*Elementos dos Crimes*” referidos acima:

1. O autor causou lesão grave da integridade física ou mental de uma ou mais pessoas.

2. Essa pessoa ou pessoas pertencia a um grupo nacional étnico, ou religioso determinado.

3. O autor teve a intenção de destruir, total ou parcialmente, esse grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal.

4. A conduta verificou-se no âmbito de uma actuação concertada contra esse grupo ou podia por si só causar essa destruição.

⁵⁸¹ Os “*Elementos dos Crimes*” anexos ao Estatuto de Roma referem:

1. O autor submeteu intencionalmente uma ou mais pessoas a certas condições de existência.

2. Essa pessoa ou pessoas pertencia a um grupo nacional étnico, ou religioso determinado.

3. O autor teve a intenção de destruir, total ou parcialmente, esse grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal.

4. As condições de existência tinham o propósito de provocar a destruição física, total ou parcial, desse grupo.

5. A conduta verificou-se no âmbito de uma actuação concertada contra esse grupo ou podia por si só causar essa destruição.

⁵⁸² Os “*Elementos dos Crimes*” preceituam:

1. O autor transferiu à força uma ou mais pessoas.

2. Essa pessoa ou pessoas pertenciam a um grupo nacional étnico, ou religioso determinado.

3. O autor tinha a intenção de destruir, total ou parcialmente, esse grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal.

4. A transferência ocorreu de um desses grupos para outro grupo.

5. As crianças transferidas eram menores de 18 anos.

6. O autor sabia ou podia saber que as crianças transferidas eram menores de 18 anos.

— Impedimento da procriação ou dos nascimentos no grupo⁵⁸³

A conduta consiste em transferir uma ou mais pessoas. O termo “*forcibly*” não é restrito à força física podendo incluir ameaça de coacção, como a causada pelo medo de violência, detenção, opressão psicológica ou abuso de poder, contra tal pessoa ou pessoas ou quaisquer outras, ou tirando vantagem de um ambiente opressivo.

5.1.4.1 Propugnamos “*de jure condendo*” a inclusão dos actos do uso de violação.

Por exemplo, na ex-Jugoslávia, o sistema de violência contra a liberdade sexual contra mulheres muçulmanas foi um dos meios de execução da política de limpeza étnica, de intimidação ou de humilhação a um determinado grupo⁵⁸⁴.

Os actos de violação provocam nascimentos indesejados e a extinção, por meios brutais, de um grupo “na sua originalidade”⁵⁸⁵. Obrigar as mulheres a ter os filhos é um objectivo mais amplo da política demográfica.

São particularmente significativos os depoimentos de mulheres violadas⁵⁸⁶. Com efeito, os actos de violação consubstanciam uma forma de tortura para cerca de metade da população; as consequências físicas e psicológicas para as mulheres são devastadoras, revelando um conteúdo de ilicitude agravado, em virtude de ser feito também com o objectivo de humilhar as mulheres, determinando um sentimento de submissão e de terror⁵⁸⁷.

Por outro lado, a violação, produz um efeito de estigmatização das mulheres, consegue romper e dividir uma sociedade.

5.1.4.2 Relação entre os actos

O resultado final dos actos preparatórios da Comissão Revisora de 1993⁵⁸⁸ é o de que não é suficiente a prática de um só acto. Não é suficiente a prática de um só acto:

7. A conduta verificou-se no âmbito de uma actuação concertada contra esse grupo ou podia por si só causar essa destruição.

⁵⁸³ Os “*Elementos dos Crimes*” relativos ao Estatuto de Roma referem:

1. O autor impôs certas medidas contra uma ou mais pessoas.

2. Essa pessoa ou pessoas pertencia a um grupo nacional étnico, ou religioso determinado.

3. O autor tinha a intenção de destruir, total ou parcialmente, esse grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal.

4. As medidas impostas foram destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo.

5. A conduta verificou-se no âmbito de uma actuação concertada contra esse grupo ou podia por si só causar essa destruição.

⁵⁸⁴ CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos de Derecho Internacional...*, pg. 184.

⁵⁸⁵ Nos trabalhos da Comissão Preparatória constituída nas Nações Unidas para preparar, entre outros textos, os “*elementos dos crimes*”, considerou-se a inclusão, na tipificação do genocídio, de actos de tortura, de violação, de violência sexual, de depuração étnica ou de tratamentos desumanos ou degradantes (JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *Mesa redonda. Tipologia penal en los crimines contra la humanidad y el genocidio* in *Crimines contra la humanidad y genocidio*, XII Seminario «Duque de Ahumada», obra colectiva, Ministerio del Interior, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, s.l., 2001, pg. 182).

No art.º 607.º do CP espanhol, a destruição inclui agressões sexuais.

⁵⁸⁶ Testemunhos reunidos pela associação DONNES Y DONNES de Barcelona (grupo de mulheres da Bósnia-Herzegovina), *La violación como arma de limpieza étnica* in *El genocidio bosnio. Documentos para un análisis*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1997, pgs. 153-164.

⁵⁸⁷ DONNES Y DONNES, *La violación como arma de limpieza étnica*, pgs. 159-160.

⁵⁸⁸ Nos trabalhos preparatórios de 1993, o Professor FIGUEIREDO DIAS entendeu chamar a atenção para o entendimento que é dado, pelos anotadores, ao segmento final do n.º 1 (praticar alguns dos actos seguintes): não bastará a prática de um, tendo que ser mais do que um.

torna-se necessário mais de um acto, independentemente de se encontrar previsto em diversas alíneas O tipo é preenchido, se os outros actos praticados pelo agente integrarem a mesma alínea, não se exigindo que o agente pratique actos de diferente espécie⁵⁸⁹.

Contudo, não bastando um homicídio de um membro de grupo (alínea a)), é suficiente a transferência de crianças de grupo para outro grupo (alínea d))⁵⁹⁰.

5.2 A respeito das causas de exclusão da ilicitude, nas proposições permissivas, cumpre indagar se é possível a justificação por legítima defesa⁵⁹¹.

Segundo MARIA FERNANDA PALMA⁵⁹², será difícil conceber a possibilidade de justificar por legítima defesa um genocídio ou um crime contra a humanidade, por força da intenção específica constante do tipo, havendo uma incompatibilidade com o elemento subjectivo especial de ilicitude.

5.2.1 Elemento subjectivo especial de ilicitude. “com intenção de destruir...”

O requisito intencional para o crime de conspiração para cometer genocídio é, *ipso facto*, a intenção requerida para o crime de genocídio⁵⁹³.

A Parte Especial inclui diversas normas incriminadoras que comportam elementos subjectivos especiais da ilicitude (v. g., artigos 243.º, n.º 3, 203.º, n.º 1, 210.º, 217.º, 382.º). Não existe uma referência directa destes elementos subjectivos na Parte Geral do Código Penal.

Correlativamente à “*intenção de destruir*”, existem as maneiras de ver do designado “dolo específico” e do elemento subjectivo especial de ilicitude.

— a primeira remete para o “dolo”, um “dolo específico”, “*dolus specialis*”,⁵⁹⁴ ou intenção específica;

Esse entendimento seria, na opinião do Senhor PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, difícil de aceitar.

Com o apoio do Conselheiro SOUSA E BRITO, propôs que se utilizasse o singular (algum).

A Comissão aprovou a redacção para o n.º 1:

“*Quem, com intenção.... praticar*”.

⁵⁸⁹ Código Penal. Actas..., 1993, pg. 284.

⁵⁹⁰ Código Penal. Actas..., 1993, pg. 284.

⁵⁹¹ O n.º 1, al. c), do art.º 31.º do ER consagra o direito de legítima própria, de terceiro ou de defesa de propriedade, nos crimes de guerra.

“*Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O facto de participar numa força que realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea*”. A legítima defesa contra o património é afastada, em princípio, como causa de justificação, nos termos deste preceito.

⁵⁹² Em exposição oral sobre a criação do Tribunal Penal Internacional, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 15 de Fevereiro de 2001.

⁵⁹³ Sentença MUSEMA, do TCIR, pg. 11.

⁵⁹⁴ Para uma defesa do dolo específico, na Doutrina italiana, v. GELARDI, *Il Dolo Specifico*; entre nós, EDUARDO CORREIA, *A Teoria...*, pgs. 141-143; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, pg. 299; M. MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português. Anotado e Comentado e Legislação Complementar*, 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 1999, anotação ao art.º 239.º; HELENA MONIZ, *O Crime de Falsificação...*, pgs. 31-34.

— a segunda considera ser um “elemento subjectivo especial de ilicitude”.
É esta última a maneira de ver mais acertada.

A descoberta dos elementos subjectivos do ilícito remonta a FISCHER: o pleno desenvolvimento da teoria dos elementos subjectivos deve-se a MEZGER. A teoria impôs-se na Alemanha. Com efeito, os elementos não são pertences à culpa⁵⁹⁵.

Entre nós, TERESA PIZARRO BELEZA⁵⁹⁶ refere que a expressão “dolo” é por vezes usada para abranger outros elementos que descrevem certas motivações, sendo referente a aspectos subjectivos dos tipos legais de crimes. Este uso é menos feliz, dado que, em rigor, não correspondem a determinadas finalidades ou objectivos que presidam a uma actividade⁵⁹⁷.

Há um paralelismo entre o tipo objectivo e o tipo subjectivo: neste, o agente tem de conhecer todos os elementos do tipo objectivo.

Pelo contrário, naquelas situações, exige-se que o agente tenha uma determinada intenção que vai além do comportamento objectivamente tipificado, a não concretização de tal objectivo não impede a execução do crime. Não tem de acontecer em termos reais.

Diversamente, no elemento subjectivo especial de ilicitude, mesmo que o desejo não se projecte no mundo exterior, o tipo objectivo é preenchido⁵⁹⁸.

5.2.1.1 Ordenação dos elementos subjectivos especiais de ilicitude

Nem todos os elementos são parte constitutiva, do ponto de vista subjectivo, do ilícito; em parte, são elementos especiais da culpa; a ordenação pode ser difícil⁵⁹⁹.

Há dois grupos especiais:

- i) os elementos de atitude e da motivação;
- ii) as tendências internas excessivas.

Estas últimas são o ponto que mais interessa para a matéria de Crimes contra a Humanidade: constituem estados intencionais que, considerados formalmente, se diferenciam do dolo, pois não têm nenhuma correspondência com o tipo objectivo (v. g., “*com o propósito...*”). Estas têm como função caracterizar uma conduta especialmente perigosa ou reprovável, delimitando a protecção do bem jurídico⁶⁰⁰.

5.2.2 Dificuldade de prova. Caso Alcindo Monteiro e outros

A Intenção não é uma intenção accidental — é difícil de provar.

Por exemplo, veja-se o caso Alcindo Monteiro e outros:

A Jurisprudência do TCIR e do TCIJ postula também o entendimento da exigência de um “*dolus specialis*”.

⁵⁹⁵ V. HANS WELZEL, *Derecho Penal*, pgs. 151-154.

⁵⁹⁶ TERESA PIZARRO BELEZA, *A revisão da Parte Especial...*, pg. 114; *ID.*, *Maus tratos conjugais: o art. 153.º, 3 do Código Penal*, AAFDL, 1989, pg. 25; *ID.*, *Mulheres, Direito e Crime*, pgs. 363-364, 1996, pg. 18.

⁵⁹⁷ TERESA PIZARRO BELEZA, *Maus tratos conjugais...*, pg. 28.

⁵⁹⁸ Por exemplo, no furto, a apropriação é mero objectivo, intuito, desejo da pessoa que subtrai. O autor do furto subtrai para se apropriar; é um elemento subjectivo que caracteriza a acção além dos elementos do tipo objectivo (TERESA PIZARRO BELEZA, *Os crimes contra a propriedade...*, 1998, pg. 73).

⁵⁹⁹ ESER/BURKHARDT, *Derecho Penal...*, pg. 172.

⁶⁰⁰ ESER/BURKHARDT, *Derecho Penal...*, pg. 172.

5.2.2.1 A matéria provada era a seguinte:

Os arguidos estão ligados ao movimento dos “Skinheads” em Portugal.

Este grupo de pessoas tem em comum o culto por determinadas ideias – nacionalismo e racismo – com as quais, de uma forma mais ou menos interiorizada, simpatizam. Exaltam o nacionalismo, o fascismo e o nazismo. SALAZAR e o seu regime são apontados como o modelo a seguir. A vertente racista está sempre presente. Apela à superioridade da raça branca considerando a raça negra como raça inferior.

Em termos gerais, de acordo com uma política a que chamam “racialismo” não admitem a mistura de raças; são contra a imigração para Portugal de indivíduos de raça negra, nomeadamente os originários das ex-colónias. Defendem a expulsão do território nacional de todos os indivíduos de raça negra e para atingirem esse fim e em nome da “Nação” e da “superioridade da raça branca” acham legítimas todas as agressões contra esse grupo de indivíduos.

“(...) detinham em seu poder diversa literatura, manuscritos, autocolantes e outros apontamentos alusivos aos ideais que todos os arguidos perfilam e destinados à difusão das suas ideias xenófobas e incitamento a actuações de violência colectiva”:

“A nossa religião é a nossa raça – Orgulho Branco”; “Poder branco”, “Imigração não obrigado”; “Portugal livre de pretos”. Recorrem aos “modelos” militares como forma de identificação.

Imbuídos da comemoração do Dia da Raça, os arguidos, dirigindo-se a indivíduos de raça negra que por ali passavam, proferiram expressões como “*preto vai-te embora*”, “*preto cheiras mal*” e “*não tomas banho*”, atirando a alguns garrafas de cerveja.

Há uma confrontação com um grupo de indivíduos de raça negra; “*foram juntando no intuito de atacar o grupo de indivíduos de raça negra que estava à sua frente.*”. Os indivíduos negros, em menor número, fogem; são perseguidos; alcançam alguns elementos do grupo, atingindo-os em diversas partes do corpo.

“assumem uma postura colectiva de exaltação, violência, perseguição e ataque a qualquer indivíduo de raça negra”.

Causam ofensas à integridade física.

“Enquanto agrediam o ofendido, estes quinze arguidos iam gritando “Este é preto, mata-o!”, (...) “Vai para a tua terra que isto aqui não é lugar para ti””.

Noutro ofendido, os arguidos rodeiam-no, formando um círculo à sua volta, e batem-lhe, de forma indiscriminada, com pontapés pelo corpo e zona abdominal, sendo o alvo primordial a cabeça do ofendido.

A par dos pontapés, o arguido N.M. agride ainda o ofendido com uma soqueira metálica.

Durante esta agressão, o arguido Hugo, enquanto batia, incentivava ainda os outros a sovar o arguido gritando “*Mata o gajo, negro da merda!*”.

Sucedem-se mais agressões.

Noutro local, gritam “*Morte aos pretos*” e “*Portugal é nosso*”.

Alcindo Monteiro é atingido de forma violenta. Três indivíduos depois voltam para trás e batem na cabeça do indivíduo inanimado.

Provou-se ainda que Alcindo Monteiro “*foi morto unicamente pelo facto de ser negro*”.

Não se provou que os arguidos consideravam a raça negra como uma raça a eliminar.

5.2.2.2 A defesa arguiu, nomeadamente, as afirmações seguintes.

O 1.º arguido refere:

“Partir de um facto objectivo, como foi a morte do pobre Alcindo, para se chegar ao ponto de incriminar todos os arguidos, ampliando a factualidade – material e intencional – até se chegar à acusação de GENOCÍDIO, parece-nos despropositado por, nem os autos para isso terem matéria, nem a acusação ser precisa.

Parece-nos que esta acusação abre um precedente nos nossos Tribunais, um precedente negativo e quem sabe se não aparece como uma axa para a fogueira do racismo que tantos querem eliminar.” (sic).

Nas alegações, é mencionado que não são descritos factos que seriam necessários para a subsunção do tipo legal de genocídio:

“O genocídio implica um propósito de irradicação de uma comunidade minoritária com existência separada num todo politicamente unificado” (sic).

“Ora não se diz, nem se poderia dizer que, em Portugal, os Africanos se organizem e vivam de modo distinto, social e culturalmente autónomo, numa comunidade lusitana, independentemente das diferenças sócio-económicas que aliás partilham com nacionais de outras origens étnicas, maxime caucasianas”.

“O arguido é pessoa pacífica.

«No que respeita à sua selecção de amigos jamais estabeleceu distinção entre brancos, negros ou qualquer outra raça ou grupo étnico.»

5.2.2.3 O Tribunal considera que “Para a verificação do crime de genocídio, exige o art. 189.º, n.º 1, do C.P./82 (...):

A “intenção de destruir, no todo ou em parte, uma comunidade ou grupo (...) racial (...)”.

A palavra “destruir” só pode ter aqui o sentido de “eliminar fisicamente”.

“Ora, da matéria de facto assente como provada não resulta que os arguidos intervenientes nas agressões as tenha praticado com a intenção de eliminar fisicamente todos os negros uma parte dos negros de Portugal.

«Antes se provou que os arguidos intervenientes nas agressões as praticaram com o fim de expulsarem do território nacional todos os indivíduos de raça negra; com o fim de, com a descrita actuação, contribuírem para a expulsão de Portugal daquele grupo racial.

«Assim, por não se verificar preenchido o particular dolo exigido pelo art.º 189.º, n.º 1, do C.P./82, não há crime de genocídio.»⁶⁰¹

5.2.2.4 Em nosso entender, o Tribunal diferencia o destruir do expulsar. É uma jurisprudência protectora para o arguido, cautelosa, minimalista. Considera que é necessário, quando há uma ofensa à integridade física, que não basta a expulsão.

Mas outras expressões da matéria de facto indiciam uma valoração diversa — expressões como “Este é preto, mata-o”.

A prova da factualidade não tem que ver com a “intenção de destruir”.

O tribunal faz, deste modo, eco da doutrina do dolo específico.

5.3 O problema mais delicado concerne, pois, à determinação do elemento subjectivo do tipo penal, isto é, a intenção de destruição do grupo vítima.

Por exemplo, em Março de 1997, KABILA levou adiante: massacres contra os refugiados ruandeses da etnia hutu que estavam em campos de refugiados do Zaire⁶⁰².

Embora o artigo 30.º do ER exija normalmente um elemento intencional, e reconhecendo que o conhecimento das circunstâncias se terá geralmente em conta ao provar a intenção de cometer genocídio, o requisito eventual de que haja um elemento intencional relativo a esta circunstância deverá ser decidido em concreto pelo tribunal (Introdução dos “Elementos dos Crimes” do artigo 6.º do ER).

O autor pretende o resultado almejado. Uma das componentes do conhecimento dos elementos do tipo é a do grupo-alvo (“Targeted Group”).

No caso da al. e), o tipo subjectivo abrange o conhecimento pelo autor de que as crianças têm idade inferior a dezoito anos. MUÑOZ CONDE exige dolo directo.

⁶⁰¹ Em relação ao homicídio qualificado, o tribunal considera algumas alíneas do n.º 2 do art.º 132.º, nomeadamente a relativa ao ódio racial (al. d). “E para os nossos costumes e tradição do nosso povo e da nossa história, matar um homem só porque ele é negro é na verdade particularmente censurável o chocante”) e ao “meio insidioso” (al. f)). O tribunal considera ainda o crime de ofensas corporais com dolo de perigo. Houve uma situação co-autoral: “o resultado combinado entre os arguidos (à excepção do que aconteceu com o Alcindo Monteiro (...)) é o de que os negros por quem passem fiquem agredidos e espancados (...)”.

⁶⁰² ROBERTO GARRETÓN MERINO, *La Protección de los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. La responsabilidad del individuo* in *Crímenes contra la humanidad y genocidio*, XII Seminario «Duque de Ahumada», obra colectiva, Ministerio del Interior, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, s.l., 2001, pg. 26.

A existência dos elementos subjectivos especiais de ilicitude poderá limitar as possibilidades de preenchimento dos tipos subjectivos, através das condutas dolosas previstas no art.º 14.⁶⁰³.

6. Especificidades participativas

Os crimes contra a Humanidade em sentido lato apresentam especificidades participativas.

Em particular, o genocídio é um crime tendencialmente estatal, perpetrado por um conjunto organizado de pessoas.

ROXIN⁶⁰⁴, GIMBERNAT ORDEIG⁶⁰⁵, KAI AMBOS⁶⁰⁶⁻⁶⁰⁷ consideram que os quadros da participação não explicam convenientemente o fenómeno genocidário. Os crimes de guerra, de Estado e de organizações não se podem compreender adequadamente sob os parâmetros do crime individual.

Com efeito, as figuras jurídicas de autoria, instigação e cumplicidade estão concebidas à medida dos factos individuais, não podem dar devida conta de sucessos colectivos, contemplados como fenómeno global⁶⁰⁸.

6.1 Vejamos primeiro o aspecto dos executores concretos.

Vejamos um interrogatório hipotético a um agente:

“Pergunta: Foram mortas pessoas no campo?”

Resposta: Sim.

P. Foram asfixiadas com gás?

R. Sim.

P. Foram enterradas vivas?

R. Aconteceu algumas vezes.

P. As vítimas vinham de toda a Europa?

R. Penso que sim.

P. Participou pessoalmente na morte dessas pessoas?

R. De maneira nenhuma, eu era simplesmente tesoureiro do campo.

P. Que impressão lhe provocaram esses actos?

R. A princípio, era duro, mas acabámos por nos habituar.

P. Sabe que os russos o vão enforcar?

R. (entre soluços) Porquê? O que foi que eu fiz?”⁶⁰⁹.

Os autores materiais compreendiam, pois o ilícito material, embora tal conduta fosse devida a “obsessão ideológica”⁶¹⁰.

Nos julgamentos de Nuremberga, não se encontrava nenhum caso em que alguém tivesse sido fuzilado por negar-se a cumprir ordens de fuzilamento.

⁶⁰³ RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo*, pg. 86.

⁶⁰⁴ CLAUS ROXIN, *Autoría...*, pgs. 269 ss..

⁶⁰⁵ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Complice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966.

⁶⁰⁶ KAI AMBOS, *Responsabilidad penal...*

⁶⁰⁷ V. também CHARLES GARRAWAY, *Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied* in *RICR*, n.º 836, vol. 81, 1999, pgs. 785-794; GENEVIEVE DUFOUR, *La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment?* in *RICR*, n.º 82, n.º 840, 2000, pgs. 969-992.

⁶⁰⁸ ROXIN, *Autoría...*, pg. 270.

⁶⁰⁹ PM, domingo, 12 de Novembro de 1944 *apud* HANNAH ARENDT, *Compreensão...*, pg. 69.

⁶¹⁰ CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio...*, pg. 271.

6.1.1 Por exemplo, tomemos o caso de OTTO ADOLF EICHMANN⁶¹¹:

Em finais de 1939, este é nomeado por HITLER para “*Conselheiro Especial*”.

O seu cargo consistia em organizar a reunião e a deportação dos judeus da Alemanha e mais tarde dos países ocupados da Europa para campos de concentração, guetos e campos de trabalho escravo ou directamente para os centros de extermínio na Polónia. Em Março de 1941, durante os preparativos da guerra contra a Rússia, EICHMANN é encarregado de uma nova secção, ou de uma secção com nome diverso: em lugar de Emigração e Evacuação, é a de “*Assuntos judeus e Evacuação*”.

Era o prenúncio de que o objectivo era a chamada “*Solução final*”: a deportação tinha como objectivo implícito o extermínio.

O “*Transportjuden*” era a especialidade de EICHMANN. A imensa maioria das vítimas estava condenada à morte⁶¹².

EICHMANN foi mais tarde capturado na Argentina e levado em segredo para Israel⁶¹³. Durante alguns meses, EICHMANN é interrogado. Foi o próprio autor do processo-crime — o Estado de Israel — que pagou o advogado de defesa, Dr. SEVATIUS, vindo da Alemanha).

Neste julgamento, EICHMANN alegou que fez com que os comboios andassem dentro dos seus horários, isolado das consequências das suas decisões: entregava massas humanas nos campos de extermínio.

De início, a acusação, incapaz de compreender um autor de morte em massa que jamais matara, a acusação tenta a prova de uma morte individual

O procurador HAUSNER refere na sua exposição introdutória que se trata de um novo criminoso, um homem que exerce o seu abominável mister sentado num gabinete. “*Ele nunca matou por suas próprias mãos, salvo numa ocasião*”⁶¹⁴.

EICHMANN afirmava: “*Eu posso simplesmente dizer que nunca matei fosse quem fosse.*”.

No conto *Defesa e justificação de um ex-criminoso de guerra (das memórias de Herr Werner Stupnein, ex-oficial superior das SS)*, de JORGE DE SENA, inspirando-se na figura de ADOLF EICHMANN (o conto é datado de 7 de Maio de 1961), o narrador refere na primeira pessoa:

“*Sempre fui rigoroso nos meus relatórios e nas minhas estatísticas. Acusaram-se de ter pessoalmente dirigido o assassinio de duas mil setecentas e cinquenta e quatro criaturas de ambos os sexos, várias idades e raças. É inteiramente falso. Eu nunca assassinei, directa ou indirectamente, ninguém. Durante a minha administração morreram, em circunstâncias diversas, e de acordo com princípios administrativos que os inimigos do Reich não desconheciam e nunca condenaram abertamente, mil oitocentas e noventa e três criaturas do género humano. E eu nunca impedi que qualquer delas, em idade adulta, tivesse chicoteado um masoquista alemão que o solicitasse. Quanto às crianças, cumpre-me esclarecer que, entre morrerem inutilmente de fome ou dos azares da guerra — o seu natural destino — e serem utilizadas*

⁶¹¹ V. *Os Criminosos de Guerra. Eichmann*. Tóquio, org. de CLAUDE BERTIN, Amigos do Livro, Camarate, s.d..

⁶¹² HANNAH ARENDT, *Eichmann à Jérusalem*, pgs. 1224-1225.

⁶¹³ Esta captura motivou protestos do arguido e de outros sectores; HANNAH ARENDT levanta dúvidas quanto à competência do tribunal considerando que Israel violou o princípio territorial (HANNAH ARENDT, *Eichmann à Jérusalem*, pg. 1273), preferindo o julgamento por um tribunal internacional especial, criado pelas Nações Unidas, representando a humanidade inteira, sendo acompanhada por vozes autorizadas. KARL JASPERS propôs que o tribunal de Jerusalém se declarasse incompetente.

⁶¹⁴ A vítima chamava-se SALOMON TEITEL.

*racionalmente nos prazeres legais de uma sociedade organizada e superior, parece-me que não há qualquer dilema.” (sic)*⁶¹⁵.

EICHMANN era o chefe de serviços competente.

Houve centenas, milhares de outros, na Alemanha nazi, que colaboraram no plano, mas isso não reduz em nada a culpabilidade de EICHMANN.

A sentença proferida por um colectivo de juízes, presidido por LANDAU, considerou o seguinte:

— declarou o acusado culpado de crime contra o povo judeu durante o período de Agosto de 1941 a Maio de 1945;

— absolveu o réu de crime contra o povo judeu para o período terminado em Agosto de 1941 ;

— absolveu o réu da acusação de crime contra o povo judeu relativamente às medidas de esterilização de 1942 (por prova insuficiente);

— declarou-o culpado em relação ao quinto, sexto e sétimo pontos da acusação (crime contra a humanidade), bem como no que respeita aos nono, décimo, décimo primeiro e décimo segundo, pelo mesmo motivo; culpado do oitavo ponto da acusação (crime de guerra).

“Profundamente compenetrados do sentido da responsabilidade que pesa sobre nós, resolvemos que, com o fim de punir o réu e a título de exemplo, é conveniente infligir-lhe o máximo de castigo previsto na lei.”

“Os crimes nos quais o acusado participou, tanto pela sua natureza como pela sua extensão, são aterradores e sem paralelo.”. Rejeitando todas as circunstâncias atenuantes, o presidente LANDAU conclui:

“O Tribunal condena Adolf Eichmann à pena de morte, em face de crimes contra o povo judeu, de crimes contra a humanidade e de crimes de guerra dos quais foi declarado culpado. É esta a nossa sentença. (...)”.

É interposto recurso, referindo que EICHMANN não agira por iniciativa própria mas na qualidade de roda minúscula de uma engrenagem complexa, cuja direcção era tomada pelos grandes chefes; que o seu papel se limitava a fixar o horário e a altura da partida dos judeus deportados para os vários campos; que actuou segundo as ordens superiores, ligado pelo dever de obediência e de respeito sagrado ao juramento; que não podia nem revoltar-se nem iludir a execução das ordens recebidas porque, aos rebeldes e aos sabotadores estava reservada a mesma sorte: a forca e o patíbulo.

O Supremo Tribunal observa que poderia fazer-se justiça de todos estes argumentos:

“a ordem superior não é justificação para o delinquente, desde que o carácter criminoso do seu acto se manifeste com plena evidência aos olhos do seu autor”. O Tribunal acrescenta um argumento suplementar:

“Se de acordo com a lei sobre a punição de nazis, se faz subir ao patíbulo aquele que tem na consciência uma centena de vidas humanas, não se poderia mandar em liberdade ou manter em detenção aquele que matou milhões. A partir do momento em que em 1950 o legislador israelita fixou a pena máxima, não poderia conceber criminoso maior que Eichmann, e se não queremos desvirtuar o pensamento do legislador, compete-nos infligir a Eichmann o máximo de pena prevista na lei, isto é, a pena de morte.”.

⁶¹⁵ JORGE DE SENA, *Defesa e justificação de um ex-criminoso de guerra (das memórias de Herr Werner Stupnein, ex-oficial superior das SS)* in *Antigas e novas andanças do demónio (Contos)*, 2.^a ed., Edições 70, Lisboa, 1981, pgs. 181-182 (pgs. 171-181).

6.1.2 Quem comete o crime não se vê exonerado de responsabilidade porque, se não o tivesse feito, outro o teria feito⁶¹⁶.

EICHMANN não era só executor, mas também dele partiam ordens a subordinados.

O Tribunal de Jerusalém considerou que a proximidade de um ou outro, de entre estes muitos delinquentes, o que matou a vítima, não pode influir em absoluto no alcance da responsabilidade. Não é adequado recorrer à aplicação dos conceitos comuns de autor e cúmplice.

Os juízes notam a especial dificuldade de definir, em termos técnicos, quem auxiliou quem; e, para considerar que existe autoria, por vezes, nos crimes em massa, excluem a aplicação das categorias normais da participação.

Os crimes em análise são de proporções gigantescas e de múltiplas ramificações, em que participam muitas pessoas em distintos postos da escala de comando (planificadores, organizadores e órgão executores de distinto raio).

6.2 Com efeito, na explicação de ROXIN⁶¹⁷, no genocídio nazi, as decisões do *Führer* são executadas por uma burocracia desejosa de agradar ao seu chefe.

O executor concreto dos factos perde relevância. Predomina a fungibilidade do executor, o qual pode ser substituído, a todo o tempo, e sempre que necessário, pelo autor mediato.

O domínio dos que controlam o sistema sobre a consumação dos factos que ordenaram é total, pois, ainda que algum subordinado resistisse a cumprir, seria imediatamente substituído por outro que o faria; o plano traçado não pode ser frustrado pela vontade do executor.

6.2.1 A medida de responsabilidade aumenta bem mais dos sujeitos que estão na cadeia de comando, pois são o que faz funcionar a máquina assassina. Uma autoridade superior competente para organizar o extermínio em massa de judeus domina a realização de um modo diverso do instigador comum. Não se trata do tradicional domínio da vontade da autoria mediata; o domínio não é sobre uma vontade concreta, mas sobre uma vontade indeterminada; qualquer que seja o executor, o resultado produzir-se-á

Segundo ROXIN, o domínio da vontade, o domínio de organização é uma forma autónoma de autoria mediata (estruturas organizadas de poder), abrangendo as decisões de crimes nazis e outras actividades criminais auspiciadas pelo Estado, pois a estrutura do domínio do facto é um conceito “aberto”^{618_619_620}.

⁶¹⁶ ROXIN, *Autoría...*, pg. 274.

⁶¹⁷ ROXIN, *Autoría...*, pgs. 273 ss..

⁶¹⁸ ROXIN, *Autoría...*, pgs. 279, 145-149.

⁶¹⁹ CLAUS ROXIN unifica o “*macroconceito*” de domínio do facto (Como refere MANUEL COBO DEL ROSAL, ROXIN é “*o artífice de quatro critérios (...) inspirados no macroconceito, já existente, mas de conteúdo raquítico e contraditório, de domínio do facto*” (Prólogo à obra de *Roxin Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pg. 3).

O domínio do facto não consiste num conceito de autor ontológico. O conceito de acção final fornece apenas um ponto de partida (CLAUS ROXIN, *Autoría...*, pg. 350).

Do ponto de vista de CLAUS ROXIN, existem três possibilidades de empregar o conceito de domínio do facto:

— como conceito indeterminado (CLAUS ROXIN, *Autoría...*, pgs. 130 ss.);

— como conceito “fixo” (CLAUS ROXIN, *Autoría...*, pgs. 141 ss.);

— como conceito aberto.

⁶²⁰ a) O conceito de domínio do facto aparece na ciência, no fim do século XIX, como um significado diverso do significado proposto mais tarde; foi utilizado por HEGLER, em 1915, como conceito jurídico-penal (“*Tatherrschaft*”) e por VON WEBER; este último Autor utilizou o conceito com

Uma organização rigidamente hierarquizada optou pela via criminosa, desligada, por completo, das normas de direito.

Uma das formas de manifestação típicas consiste numa organização política, militar ou policial que se apoderou do próprio aparelho de Estado

O fenómeno colectivo, em si mesmo dificilmente interpretável nos parâmetros do facto punível individual, utilizado pelos “*homens por detrás*” como conhecimento e consciência perfeitos, o que confere identidade própria a esta espécie de domínio.

A forma estrutural de domínio do facto que se analisa surge quase exclusivamente num Estado internamente consolidado. O Governo, num regime ditatorial, implanta uma maquinaria para eliminar grupos de pessoas. O “*sujeito de trás*” pode confiar que a ordem se cumpre, sem que tenha de conhecer o executor. Existe uma forma de domínio da vontade devido à fungibilidade e anonimato do executor directo, substituível em qualquer momento (embora não falte a liberdade, nem a responsabilidade, que responde com culpa). O “*sujeito de trás*” tem o domínio do facto.

A perda de proximidade ao facto é compensada pela medida de domínio organizativo, que aumenta segundo a ascensão na escala hierárquica do aparelho⁶²¹. Por exemplo, a ordem dada pelo “*Führer*” por telefone a um comando.

A pluralidade de vítimas tão-pouco é decisiva para a autoria.

Não colhem, devido ao conhecimento, as teses da co-autoria (JESCHECK) (atendendo a um princípio de auto-responsabilidade absoluto)⁶²² e da instigação (HERZBERG)⁶²³.

O executor converte-se também em autor, sem prejuízo do seu domínio da acção, ao mesmo tempo em instrumento do sujeito de trás⁶²⁴.

um sentido absolutamente subjectivo. O fundador da noção de domínio do facto, no sentido da dogmática posterior, foi LOBE (MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal...*, pg. 316).

As teorias do domínio do facto, foram várias, desde a Teoria ontológica de WELZEL (filiada na Escola Finalista), de MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, de ROXIN, de KÜPER, de BLOY.

b) Na Jurisprudência do Bundesgerichtshof, houve uma progressiva infiltração dos critérios do domínio do facto (CLAUS ROXIN, *Autoría...*, pg. 676); a primeira sentença que invoca a teoria do domínio do facto é da Secção III, de 21 de Novembro de 1950 (CLAUS ROXIN, *Autoría...*, pg. 112.). Na delimitação entre a co-autoria e a cumplicidade, o referido Tribunal tem utilizado a teoria normativa da combinação, dominada por uma ideia que atende a uma “*consideração valorativa global*”, em que se consideram “*pontos de apoio essenciais*” para a delimitação o interesse no facto, a amplitude de participação no facto, o domínio do facto ou, ao menos, a vontade de domínio do facto. Os critérios centrais são o “*interesse*” e o “*domínio do facto*” (CLAUS ROXIN, *Autoría...*, pgs. 677-678).

A Jurisprudência do BGH tem utilizado a teoria normativa da combinação, na distinção entre co-autoria e cumplicidade, recorrendo aos critérios centrais do interesse e do domínio do facto; deste modo, tem considerado meras acções preparatórias e mesmo participação espiritual como suficientes para constituir co-autoria.

c) Assim, podemos constatar que a determinação do conteúdo do domínio do facto obedeceu a vários critérios (CLAUS ROXIN, *Autoría...*, pgs. 338 ss.):

- influência determinante sobre o curso e sobre o resultado do facto;
- capacidade de fazer continuar e de impedir;
- possibilidade de dar o sucesso na intervenção;
- poder sobre o facto;
- subordinação da vontade;
- “*vontade de domínio do facto*” e “*sentimento de autoria*”.

⁶²¹ ROXIN, *Autoría...*, pg. 274.

⁶²² V. TERESA SERRA, *A Autoria Mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder* in *RPCC*, 1995, pgs. 313 ss. (303 ss.).

⁶²³ V. ROXIN, *Autoría...*, pgs. 725-728. Entre nós, v. TERESA SERRA, *A Autoria Mediata...*

⁶²⁴ ROXIN, *Autoría...*, pg. 275.

6.2.2 A responsabilidade dos chefes militares foi expandida na al. a) do art.º 28.º do ER, consagrando a responsabilidade pelo comando⁶²⁵.

ANEXO III TODESFUGE, DE PAUL CELAN⁶²⁶

1. PAUL PESSACH ANTSCHEL nasceu em 23 de Novembro de 1920, numa sociedade multilinguística, de variedade cultural acentuada. Este contacto pluralista do ponto de vista cultural será relevante para o desenvolvimento da sua carreira literária.

Os pais eram judeus-alemães, pelo que a língua materna do Poeta era o alemão.

Deportados os progenitores para o campo de Michailovka, na Ucrânia, em Junho de 1942, o pai morre de tifo; a mãe morre meses mais tarde, presumivelmente executada. PAUL PESSACH ANTSCHEL passa algum tempo num campo de trabalho forçado em Tabaresti, na Valáquia, na Roménia; regressa posteriormente à sua terra natal, Czernowitz (Bucovina, na Roménia).

Em Abril de 1945, o escritor regressa definitivamente de Czernowitz para Bucareste; adoptando, após a II Guerra Mundial, o nome de PAUL CELAN; desde 1948, ele passa, então, grande parte da vida, num exílio voluntário, na cidade de Paris.

A personalidade de PAUL CELAN foi afectada profundamente pelos acontecimentos familiares e pessoais descritos. Passando a sofrer de depressão e de ataques recorrentes de paranóia, este facto terá contribuído para o suicídio de PAUL CELAN, em Abril de 1970, tendo-se atirado da ponte Mirabeau ao rio Sena.

⁶²⁵ A al. a) do art.º 28.º preceitua:

“Para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme do caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.”

Também os superiores hierárquicos são responsabilizados, na al. b) do art.º 28.º:

“b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controlo efectivos, pelo facto de não ter exercido um controlo apropriado sobre esses subordinados, quando:

i) O superior hierárquico teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

ii) Esses crimes estavam relacionados com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos; e

iii) O superior hierárquico não adoptou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.”

⁶²⁶ Tradução e comentários de Maria do Sameiro Barroso e de Ivo Miguel Barroso.

2. Todesfuge

TODESFUGE

*Schwarze Milch der Frühe wir trinken sie abends
wir trinken sie mittags und morgens wir trinken sie nachts
wir trinken und trinken
wir schaufeln ein Grab in den Lüften da liegt man nicht eng
Ein Mann wohnt im Haus der spielt mit den Schlangen der schreibt
der schreibt wenn es dunkelt nach Deutschland dein goldness Haar Margarete
er schreibt es und tritt vor das Haus und es blitzen die Sterne er pfeift seine
Rüden herbei
er pfeift seine Juden hervor läßt schaufeln ein Grab in der Erde
er befiehlt uns spielt auf nun zum Tanz*

*Schwarze Milch der Frühe wir trinken dich nachts
wir trinken dich morgens und mittags wir trinken dich abends
wir trinken und trinken
Ein Mann wohnt im Haus der spielt mit den Schlangen der schreibt
der schreibt wenn es dunkelt nach Deutschland dein goldenes Haar Margarete
Dein aschenes Haar Sulamith wir schlaufeln ein Grab in den Lüften da
liegt man nicht eng*

*Er ruft stecht tiefer ins Erdreich ihr einen ihr andern singet und spielt
er greift nach dem Eisen im Gurt er schwingts seine Augen sind blau
stecht tiefer die Spaten ihr einen ihr andern spielt weiter zum Tanz auf*

*Schwarze Milch der Frühe wir trinken dich nachts
wir trinken dich mittags und morgens wir trinken dich abends
wir trinken und trinken
ein Mann wohnt im Haus dein goldenes Haar Margarete
dein aschenes Haar Sulamith er spielt mit den Schlangen*

*Er ruft spielt süßer den Tod der Tod ist ein Meister aus Deutschland
er ruft streicht dunkler die Geigen dann steigt ihr als Rauch in die Luft
dann habt ihr ein Grab in den Wolken da liegt man nicht eng*

*Schwarze Milch der Frühe wir trinken dich nachts
wir trinken dich mittags der Tod ist ein Meister aus Deutschland
wir trinken dich abends und morgens wir trinken und trinken
der Tod ist ein Meister aus Deutschland sein Auge ist blau
er trifft dich mit bleierner Kugel er trifft dich genau
ein Mann wohnt im Haus dein goldenes Haar Margarete
er hetzt seine Rüden auf uns er schenkt uns ein Grab in der Luft
er spielt mit den Schlangen und träumet der Tod ist ein Meister aus Deutschland
dein goldenes Haar Margarete
dein aschenes Haar Sulamith*

3. Tradução

FUGA DE MORTE⁶²⁷

*Leite negro da madrugada bebemo-lo ao entardecer
bebemo-lo ao meio-dia e de manhã bebemo-lo à noite
bebemos e bebemos
cavamos um túmulo nos ares aí ninguém fica apertado⁶²⁸
Na casa vive um homem⁶²⁹ que brinca com serpentes⁶³⁰ e escreve
escreve para a Alemanha quando anoitece os teus cabelos de oiro Margarida⁶³¹
escreve e vem para a fora de casa e relampejam⁶³² as estrelas
assobiando chama os molossos⁶³³
assobiando chama os judeus⁶³⁴ manda cavar um túmulo na terra
ordena-nos tocai agora para a dança⁶³⁵*

⁶²⁷ O genitivo de *Todesfuge* é enganador, como nota JOHN FELSTINER (*Paul Celan. Eine Biographie*, (trad. alemã de Holger Fliessbach da obra *Paul Celan: Poet, Survivor, Jew*, New Haven, 1996), Verlag C.H. Beck, Munique, 1997). O título poder-se-ia traduzir como “Fuga sobre o tema da morte” (www.copernico.bo.it/subwww/webtodes/filehtml/tradtod.html).

⁶²⁸ “*da liegt man nicht eng*” poder-se-ia traduzir por “*aí não se está apertado*” ou por “*aí não estamos apertados*”.

A expressão alude à teoria do “*Lebensraum*” (“*espaço vital*”), conceito da autoria de KARL HAUSHOFER (1869-1946), desenvolvendo as teses da geopolítica de FRIEDRICH RATZEL (1844-1904). Professor da Universidade de Munique entre 1921 e 1939, mestre da geopolítica, HAUSHOFER proclama a necessidade de um espaço vital, considerando a existência de uma injustiça na distribuição do mesmo, especialmente em benefício dos pequenos Estado. Um dos discípulos foi RUDOLF HESS, que viria a introduzir no nazismo a tese do “*espaço vital*” (JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pgs. 279-280).

A expressão “*da liegt man nicht eng*”, por oposição a “*ein Grab in die Luft*”, indica, primeiramente, a exiguidade do espaço, própria dos campos de concentração. É uma referência implícita ao regime nazi, que precisa do espaço todo; o oiro dos cabelos afirmava-se negando o outro, destruindo até à cinza. Os judeus não têm espaço na terra.

⁶²⁹ O homem vive na casa, protegido e cuidado, em oposição à vida brutal e desumana dos prisioneiros, no campo de concentração.

⁶³⁰ A serpente é utilizada como símbolo do mal nas culturais ocidentais; alusão às runas dos SS.

⁶³¹ Margarida é o símbolo da mulher alemã.

⁶³² Referência à *Blitzkrieg* (guerra-relâmpago). HITLER pretendeu seguir a teoria da estratégia indirecta do britânico BASIL LIDDEL HART: em vez de considerarem que a guerra só terminaria com a destruição das principais forças inimigas no campo de batalha (proposto nos modelos de KARL VON CLAUSEWITZ), trataram de propor a utilização conjunta da aviação e da cavalaria mecânica, visando a desmoralização do inimigo, mas sem o lançamento, no terreno de combate, das principais forças militares (JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pg. 152). PAUL CELAN refere-se às “*estrelas humanas*”.

⁶³³ *Rüden* são grandes cães, machos, de guerra ou de caça; refere-se à raça de grandes cães alemães (*Bluthünde*) das SS (outra possibilidade de tradução seria “*grandes cães de fila*”). Segundo relatos de testemunhas, no caminho para a câmara de gás, quando certos prisioneiros tinham crises de pânico, os SS soltavam os seus molossos para as despedaçar.

A ideia é a de o homem chamar para junto de si os cães.

⁶³⁴ Existe uma rima imperfeita entre *Rüden* e *Juden* e um paralelo entre *seine Rüden* e *seine Juden*, indicando um contraste entre os cães, chamados para junto do homem, e os judeus.

⁶³⁵ A leitura de PAUL CELAN é célere quando fala das atrocidades do homem, sugerindo a rapidez da execução (*Paul Celan. Ich hörte sagen. Gedichte und Prose. Gelesen von Paul Celan*, Audio Books, Derhorvelag, 1997).

*Leite negro da madrugada bebemos-te de noite
bebemos-te de manhã e ao meio-dia bebemos-te ao entardecer
bebemos e bebemos
Um homem vive na casa brinca com serpentes escreve
escreve para a Alemanha quando anoitece os teus cabelos de oiro Margarida
Os teus cabelos de cinza Sulamita cavamos um túmulo nos ares
aí ninguém fica apertado*

*Ele grita penetrai mais fundo na terra cantai e tocai
agarra no ferro que traz à cintura balança-o os seus olhos são azuis
enterrai mais fundo as pás continuai a tocar e a dançar⁶³⁶*

*Leite negro da madrugada bebemos-te de noite
bebemos-te ao meio-dia e de manhã bebemos-te ao anoitecer
bebemos e bebemos
um homem vive na casa os teus cabelos de oiro Margarida
os teus cabelos de cinza Sulamita ele brinca com serpentes*

*Grita tocai mais docemente a morte uma morte é um mestre da Alemanha
Grita arrancai sons mais graves aos violinos depois subireis em fumo no ar⁶³⁷
Tereis então um túmulo nas nuvens aí ninguém fica apertado*

*Leite negro da madrugada bebemos-te de noite
bebemos-te ao meio-dia a morte é um mestre da Alemanha
bebemos-te ao anoitecer e de manhã bebemos e bebemos
a morte é um mestre da Alemanha o seu olhar é azul
atinge-te com uma bala de chumbo acerta-te em cheio
um homem vive na casa os teus cabelos de oiro Margarida
açula contra nós os cães de fila oferece-nos um túmulo no ar
brinca com serpentes e sonha —⁶³⁸ a morte é um mestre da Alemanha
os teus cabelos de oiro Margarida
os teus cabelos de cinza Sulamita”*

Poema publicado no livro “*Mohn und Gedächtnis*”⁶³⁹ (“*Papoila e Memória*”).
Tradução nossa, cotejando com a leitura que PAUL CELAN faz do seu
poema⁶⁴⁰.

⁶³⁶ Novamente a leitura de CELAN é mais rápida quando fala das atrocidades do homem, sugerindo a rapidez da execução.

⁶³⁷ O acusativo “*in die Luft*” indica uma progressão no ar.

⁶³⁸ A leitura do poema pelo Autor indica uma pausa grande neste momento, daí o acrescento do travessão.

⁶³⁹ PAUL CELAN, *Paul Celan. Gedichte. In zwei Bänden*, Erster Band, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1975, pgs. 41-42; *Paul Celan. Gedichte. In zwei Bänden*, Zweiter Band, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1975; *Sete Rosas Mais Tarde. Antologia Poética*, Selecção, tradução e introdução de João Barrento e Y. K. Centeno, edição bilingue, 2.ª ed., Cotovia, Lisboa, pgs. 52-57; *Choix de poèmes. Réunis par l’auteur*, trad. de Jean-Pierre Lefebvre, ed. bilingue, Gallimard, Paris, 1998.

⁶⁴⁰ *Paul Celan. Ich hörte sagen. Gedichte und Prose. Gelesen von Paul Celan*, Audio Books, Derhorvelag, 1997.

4. PAUL CELAN. O coração em cinza

4.1 O poema “*Todesfuge*”⁶⁴¹ é datado por Paul CELAN de 1945 (ano em que finda a II Guerra).

O escrito é emblemático do período histórico vivido, sendo a voz do genocídio nazi, e um dos que mais celebrizou PAUL CELAN (facto que lhe desagradou)⁶⁴². (THEODOR W. ADORNO escreveu a frase controversa: “*Depois de Auschwitz, seria bárbaro escrever poesia.*”, diversamente, PAUL CELAN considerava que, depois de Auschwitz, a lírica é possível, ainda que não esconda a realidade amarga. “*Conta aquilo que era amargo e te magoa.*”). O poema realiza-se numa coabitação impiedosa com a realidade do Holocausto, excluindo um verdadeiro embelezamento ou branqueamento dos acontecimentos. PAUL CELAN fá-lo em nome da vítima, dado o sentimento de culpa que pende sobre os sobreviventes⁶⁴³.

4.2 PAUL CELAN inicialmente intitulou o poema com o título “*Tango da Morte*” (traduzido para romeno com o título “*Tangoul mortii*”), nome dado a um tango composto por uma orquestra do campo de concentração às ordens de um tenente das SS. HITLER rejeitou o *jazz* como uma música decadente, aprovando, contudo, o tango⁶⁴⁴.

A musicalidade é cínica, traduzindo o genocídio ocorrido nos campos de concentração.

A composição do termo que intitula o poema sugere, segundo a indicação de PAUL CELAN, uma espécie de género musical fúnebre.

De acordo com a fuga, as vozes da fuga apresentam, por entradas sucessivas, um motivo melódico denominado «tema». Com efeito, adaptando a “*Todesfuge*”, a primeira voz, os judeus (versos 1 a 4 do poema), apresenta o tema, que se faz seguir de um contratema, a segunda voz, o homem na casa (versos 5 a 10), que constitui, simultaneamente, a sua réplica e o seu complemento.

Em termos musicais, logo que todas as vozes apresentam, cada uma por sua vez o tema, a exposição está concluída.

Inicia-se, então, uma segunda secção; o primeiro desenvolvimento (versos 11 a 19) é uma exploração mais livre do tema. O segundo desenvolvimento (versos 20 a 28)

⁶⁴¹ Sobre o poema “*Todesfuge*”, v. JOÃO BARRENTO, *Paul Celan: o Verbo e a Morte* in *Sete Rosas Mais Tarde. Antologia Poética*, Selecção, tradução e introdução de João Barrento e Y. K. Centeno, edição bilingue, 2.ª ed., Cotovia, Lisboa, 1996; Y. K. CENTENO, *Paul Celan: o Sentido e o Tempo* in *Sete Rosas Mais Tarde. Antologia Poética*, Selecção, tradução e introdução de João Barrento e Y. K. Centeno, edição bilingue, 2.ª ed., Cotovia, Lisboa, 1996; ISRAEL CHALFEN, *Paul Celan. Eine Biographie seiner Jugend*, Suhrkamp, Baden-Baden, 1983; JOHN FELSTINER, *Paul Celan. Eine Biographie*, (trad. alemã de Holger Fliessbach da obra *Paul Celan: Poet, Survivor, Jew*, New Haven, 1996), Verlag C.H. Beck, Munique, 1997; ERIC HORN, *Scharze Milch der Frühe* (, ; LEO KOCH, *Unterrichtseinheit zu Paul Celan: »Todesfuge« für den DaF-Unterricht* (fonte. Internet); PETER VON MATT, Comentário ao poema “*Todesfuge*”, de Paul Celan, in *1000 Deutsche Gedichte und ihre Interpretationen*, Marcel Reich-Ranicki, Insel Verlag, Achter Band, pgs. 378-380; RICCARDO MORELLO, “*Paul Celan: Todesfuge*” (fonte: Internet), ENZO TRAVERSO, *Paul Celan et la poésie de la destruction* (www.anti-ver.org/textes/Traverso97a6/body.html) (v. sites da Internet, nomeadamente www.celan-projekt.de/verweis-milch.html; www2.vol.at/borschoren/1h/1h5.htm; www.raffiniert.ch/scelan.html, www.copernico.bo.it/subwww/webmetodes/filehtml/tradtod.html).

⁶⁴² Segundo informação de JOHN FELSTINER, existem mais de quinze traduções diversas deste poema, em língua inglesa.

⁶⁴³ RICCARDO MORELLO, *Paul Celan...*, pg. 4.

⁶⁴⁴ A música da orquestra do campo foi gravada.

conduz até ao terceiro episódio, do *Stretto* («fechado») (versos 29 a 36), breve peroração que encadeia as entradas próximas até ao acorde final, a *coda* (versos 37 e 38)⁶⁴⁵.

4.3 O oxímoro “*leite negro*” foi utilizada originalmente utilizado pela poeta e amiga ROSE SCHERZER-ÄUSLANDER, num poema intitulado “*Ins Leben*”⁶⁴⁶, em 1925; CELAN teve um encontro em esta poeta em 1939; em 1944, após a libertação da Roménia, pois ÄUSLANDER presidia a um círculo literário de língua alemã, de que CELAN era também frequentador; este cedo pediria a ÄUSLANDER “emprestada” a expressão⁶⁴⁷⁻⁶⁴⁸⁻⁶⁴⁹.

A cor do leite é, normalmente, branca; é, por isso, o símbolo da vida; “*Leite negro da madrugada*”⁶⁵⁰ o negro é a não-cor, a destruição, a negação do substantivo “*leite*”⁶⁵¹; expressão de um sentimento da morte, representa a falta completa de esperança, contrariando o ditado judeu de que, após um mal, a pessoa se poderia banhar no “*leite branco da madrugada*”⁶⁵²⁻⁶⁵³; indica o extermínio e a frieza presente as execuções. Os judeus à noite não sabem que irão ser presos ou executados na manhã seguinte, seguindo um plano pormenorizadamente pensado⁶⁵⁴.

4.4 A repetição fundamental do poema “*wir trinken und trinken*” sugere a continuidade, consubstanciando a compulsão de beber.

O jogo do tempo é dado pelas expressões “*morgens*”, “*mittags*”, “*abends*” e “*nachts*”, que aparecem quatro vezes, sempre juntos (enunciados logo de início (v. 1-2) e repetidos adiante).

A expressão começa três vezes com “*nachts*”. Só na segunda estrofe o dia aparece por ordem cronológica, sequencial; a não ocorrência desta sucessão transmite a

⁶⁴⁵ Fonte: www.copernico.bo.it/subwww/webtodes/filehtml/la_fuga.html.

⁶⁴⁶ “*Nur aus der Trauer Mutterinnigkeit strömt mir das Vollmaß des Erlebens ein. Sie spiest mich eine lange, trübe Zeit mit schwarzer Milch und schwerem Wermutwein.*” (apud www.celan-projekt.de/verweis-milch.html, projecto dirigido por ERIC HORN).

⁶⁴⁷ PAUL CELAN havia utilizado a expressão “*Flocos negros*” (“*Schwarze Flocken*”) como título de um escrito, aquando da perda dos pais.

⁶⁴⁸ Uma outra interpretação é a de que o poeta ALFRED MARGUL-SPERBER, também frequentador do círculo literário de ÄUSLANDER, conhecido de PAUL CELAN, no poema “*Ferner Gast*” utiliza a metáfora, relativa à sua mãe:

“*Ihre Augen, unaussprechlich lind, / Seh'n mich an mit fernem Sternenblinken; / Und sie flüstert: Willst du nicht, mein Kind, / Von der dunklen Milch des Friedens trinken?*”.

⁶⁴⁹ Cfr. também o “livro da consolação”, inserido nos capítulos 30 a 33 de Jeremias, na Bíblia («(...) *Porque choras sobre a tua ferida? A tua chaga é incurável.*” (Jeremias, 30:15)).

Nas Lamentações, refere-se: “*Quiseram exterminar-me como a um pássaro / aqueles que me odeiam sem razão. / Quiseram exterminar-me no fosso, lançando pedras sobre mim.*” (Lamentações, 3: 52-53).

⁶⁵⁰ A expressão “*sol negro*” foi utilizada por WILLIAM BLAKE e por HERBERTO HELDER.

⁶⁵¹ RICCARDO MORELLO, *Paul Celan...*, pg. 4.

⁶⁵² www.celan-projekt.de/verweis-milch.html, dirigido por ERIC HORN.

⁶⁵³ Cfr. também a passagem da Terceira Lamentação, da Bíblia:

“*Zain: (...) / Ao pensar nisto, sem cessar, / a minha alma desfalece. / Isto, porém, guardo no meu coração; / por isso, mantenho a esperança. // Het: É que a misericórdia do Senhor não acaba, / não se esgota a sua compaixão. / Cada manhã ela se renova; / é grande a tua fidelidade.*” (Lamentações, 3: 20-23 (sublinhado nosso)).

⁶⁵⁴ NELLY SACHS refere: “*JÁ HOJE exercitamos a morte de amanhã*” (NELLY SACHS, in *Poemas de Nelly Sachs*, Antologia, versão portuguesa e tradução de Paulo Quintela, Portugal, Lisboa, 1967, pg. 95).

ideia de totalidade, de a angústia se prolongar ininterruptamente ao longo de todo o dia. A leitura denota o ritmo hetero-imposto nos campos de concentração.

4.5 A leitura atormentada que PAUL CELAN faz do seu poema demonstra que o diálogo é entre a vítima e o carrasco.

A relação entre alemães e judeus no campo de concentração pode ser esquematizada do modo que se refere de seguida⁶⁵⁵.

Campo de concentração

Prisioneiros <i>wir = Juden</i>	Comandante do campo de concentração <i>er = ein Deutscher</i>
humilhado / perseguido	perseguidor
oprimidos	opressor
medo da morte	cinismo
impotência	poder

Prisioneiros	Comandante do campo de concentração
bebem leite negro	vive na casa
cavam um túmulos nos ares	brinca com serpentes
ordena-nos tocaí agora para a dança	escreve para a Alemanha
penetrai mais fundo na terra	assobiando chama os cães de fila
tocai mais docemente a morte	assobiando chama os Judeus
arrancaí sons mais graves aos violinos	manda cavar um túmulo
subireis em fumo no ar	ordena ⁶⁵⁶
Tende então um túmulo nas nuvens	agarra no ferro (...) balança-o
são atingidos em cheio com uma bala de chumbo	atinge
os teus cabelos de cinza Sulamita	os teus cabelos de oiro Margarida
Dependência, necessidade, sofrimento, morte	Poder, perversidade, cinismo, brutalidade

O homem representa o mal; CELAN deixa-o surgir por meio das palavras. Os destinos de ambos estão estreitamente ligados, num espaços fechado⁶⁵⁷.

4.6 O poema oscila entre dois pólos de cores contrastantes:

- i) os cabelos de oiro de Margarida;
- ii) a morte, simbolizada por “*os teus cabelos de cinza Sulamita*”.

⁶⁵⁵ Fonte: www2.vol.at/borgschoren/1h/1h5.htm.

⁶⁵⁶ Dá ordens e comanda os judeus, através de formas verbais no imperativo.

⁶⁵⁷ RICCARDO MORELLO, *Paul Celan...*, pg. 3.

Repare-se na contraposição entre nos versos 6 a 9, em que o homem que brinca com serpentes escreve “*os teus cabelos de ouro Margarida*” (v. 6) e assobia pelos judeus (verso 9).

Na estrofe seguinte (versos 14 a 16), existe a contraposição, desta feita com a junção da referência a “*cabelos de cinza Sulamita*”: o homem escreve de novo para a Alemanha os cabelos de ouro de Margarida. Estes são contrapostos à cinza Sulamita que é contida nos mesmos cabelos, mas associada à expressão sarcástica “*Aí ninguém fica apertado*”

A repetição desta ideia ocorre nos versos 25-26.

4.6.1 O cabelo louro, de Margarida, é uma referência possível à personagem Margarida (da primeira parte de *Fausto*, de GOETHE, expoente da cultura alemã). O homem escreve os cabelos de Margarida “*para a Alemanha*”.

A morte ser “*um mestre da Alemanha*”, “*os seus olhos são azuis*” são expressões que reforçam a identificação com a cultura do homem. Margarida simboliza o povo alemão, representando o lado idílico e gnóstico⁶⁵⁸ da ideologia propagandeada da raça ariana.

⁶⁵⁸ Têm sido os vários discursos metapolíticos, analisados, em páginas brilhantes, por JOSÉ ADELINO MALTEZ (*Curso...*, pgs. 300-304):

Nos discursos em análise, existem os subtipos da filosofia da história, incluindo não só os cultores do próprio método profético, mas também as várias análises produzidas pelos messianismos.

É patente a ideia de crescente racionalidade de MAX WEBER, TALCOTT PARSONS e DANIEL BELL, levando à exigência de um transtempo e da conseqüente abertura à imaginação.

Segundo HUGH TREVOR-ROPER, a história não é meramente o que aconteceu: é o que aconteceu dentro do contexto do que poderia ter acontecido. Só podemos olhar confiantemente para o futuro, se olharmos o passado com suficiente imaginação.

As filosofias da história assumem um carácter poético: os factos são também imagem.

NIKOLAI BERDIAEV salienta que o tema da filosofia da história é constituído pelo destino do homem nesta vida terrestre, destino que se realiza na história dos povos, isto é, cumpre-se não apenas no macrocosmo objectivo, mas também no microcosmos subjectivo.

Também MARTIN BUDER assinala que o próprio narrar é acontecimento: ele tem a unção de uma acção sagrada... A narração é mais do que um reflexo; a essência sagrada que nela é testemunhada continua a viver nela.

Segundo FERNANDO PESSOA, o misticismo significa, essencialmente confiança na intuição, nessa operação mental pela qual se atingem os resultados da inteligência sem usar a inteligência (“*O mito é o nada que é tudo.*”).

Assim, o misticismo, um ter um sentimento nítido de uma coisa que não se sabe o que é, dado que o místico onde não pode calcular, adivinha; onde não pode pôr à prova, profetiza, pelo que toda a matéria onde não pode haver ciência tem necessariamente que haver misticismo.

O método profético da análise histórica é o que cultiva a *Geschichte* em vez da *Histoire*, o que não reduz a história à mera investigação científica e à simples interrogação objectiva, dado preferir enfrentar a globalidade, sem excluir o mito e a conseqüente imaginação, considerando que o verdadeiro historiador deve pesquisar o sentido essencial de um determinado grupo de homens, chame-se-lhe *missão* ou *objectivo permanente*.

O homem não é apenas animal intelectual ou voluntarístico, é também um animal simbólico cuja imaginação constitui um dos elementos estruturantes da sociedade (JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pg. 302).

O culto da filosofia da história tenta cumprir o plano exposto pelo Padre ANTÓNIO VIEIRA, para quem haveria que misturar o lume da profecia com o lume da razão, que seriam as duas fontes da verdade humana e divina. Isto é, procura desmistificar a história, mas não a desmistificando (EDGAR MORIN) (mesmo as boas intenções de certo racionalismo, calculista e utilitarista, e de quase todo o positivismo cientificista, fizeram com que muitos sectores ocidentais padecessem de um paroquialismo gnóstico, em que alguns continuaram a acreditar na superação do teológico e do metafísico).

A herança gnóstica manifesta-se em todos aqueles que consideram a história do mundo uma luta entre dois princípios (o bem e o mal), através de três idades: o passado, o presente e o futuro) ou de outras lógicas trinitárias:

— a idade de Revelação do Pai, a Idade de Revelação do Filho, a Idade do Espírito Santo;

O tom de ouro dos cabelos contrasta visualmente com a presença da noite.

4.6.2 A segunda parte é a destruição — a cinza.

Na cultura judaica, Sulamita é a amada de *O Cântico dos Cânticos* (cfr., nomeadamente, 7: 1), do Antigo Testamento, sendo, pois, símbolo daquela⁶⁵⁹.

A cinza evoca a morte e a cremação, os judeus imolados no genocídio (Holocausto, *Sloah* (“devastação”, “aniquilamento”), “*Solução Final*”, decidido pelo regime nacional-socialista, colocado em execução nos campos de concentração e de extermínio).

4.7 O homem faz um diálogo a negro com os prisioneiros. O disparo com uma bala de chumbo e a precisão com que acerta no sujeito enunciado na forma “*tu*” (“*dich*”) demonstra a frieza científica com que o genocídio é executado.

O enunciado não é completamente claro (utiliza-se “*dich*” e, logo a seguir, “*uns*”); o homem açula os cães “*contra nós*” (“*auf uns*”) e oferecendo um túmulo nos ares; “*uns*” significa os judeus. Prevalece a morte que “*é um mestre da Alemanha*”.

4.7 A esta ideia se liga a insistência na ideia de túmulo no ar (“*ein Grab*”).

As expressões “*cavar um túmulo na terra*”; “*penetrar mais fundo na terra*”, “*tereis um túmulo nas nuvens*”, “*Depois subireis aos céus como um túmulo no ar*”, são referências concretas à cremação.

É possível extrair um outro sentido implícito, mais aterrador:

O homem “sonha” os cabelos de ouro; para tal, tem de praticar o genocídio (a cinza Sulamita), como que dizendo que, para viver, tem de matar o outro.

Há uma vertigem de morte, à qual a imagem “*túmulo no ar*” (“*ein Grab in der Luft*”) empresta uma ideia de exiguidade expressa com a amargura trágica de não haver lugar para os judeus na terra.

4.9 Sobre o poema “*Todesfuge*”, escreve Y.K. CENTENO:

*“Tinha dito de mais, quando de facto seria impossível dizer mais. O poema condensa o desabar de um mundo: o da esperança. Bebe-se leite amargo (negro, como fel), a morte é o Mestre que reina (vindo da Alemanha, é certo, mas conivente com outros (...), o que resta é um túmulo no ar (nem sequer aqui o repouso da terra) e o doloroso contraste dos cabelos, a marca da diferença que justifica o crime: o loiro de Margarete, o cinza de Sulamith, aquele evocando uma luz tão mortífera quanto a treva dos fornos crematórios evocada por este.”*⁶⁶⁰.

— Deuses, Heróis e Homens (GIAMBATTISTA VICO);

— Idades Teológica, Metafísica e Científica (COMTE);

— Capitalismo, Socialismo, Comunismo (MARX).

— concepções revolucionárias: o tempo da opressão, o tempo da resistência e o tempo da libertação.

O gnosticismo exige um chefe: tanto um chefe individual como uma figura colectiva, um homem novo (por exemplo, o homem novo do Marxismo).

Além do chefe, exige uma irmandade de pessoas: jesuítas, maçonaria, partido vanguardista.

O gnosticismo tende a dividir, geograficamente, zonas dominadas pelo bem e pelo mal (para mais desenvolvimentos, v. JOSÉ ADELINO MALTEZ, *Curso...*, pgs. 300-304; cfr. também ID., *ib.*, pgs. 92-94, bem como a alternativa proposta, com inspiração no Padre TEILHARD DE CHARDIN, do pensamento complexo (ID, *ib.*, pgs. 94-104, 114).

⁶⁵⁹ A primeira revista judaico-alemã, de 1804, chamava-se “*Sulamith*” (RICCARDO MORELLO, *Paul Celan...*, pg. 5).

⁶⁶⁰ I. K. CENTENO, *Paul Celan: o Sentido e o Tempo in Sete Rosas Mais Tarde. Antologia Poética*, Selecção, tradução e introdução de João Barrento e Y. K. Centeno, edição bilingue, 2.^a ed., Cotovia, Lisboa, 1996, pg. XVI.