



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Rafael Cheniaux

O CRIME CONTRA A HUMANIDADE DE PERSEGUIÇÃO
APORIAS E CONTRASTES

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, na área de Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Internacional Público e Europeu, orientada pelo Professor Doutor Francisco António Lucas Ferreira de Almeida e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Maio de 2022



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

O CRIME CONTRA A HUMANIDADE DE PERSEGUIÇÃO
APORIAS E CONTRASTES

Rafael Cheniaux

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, na área de Ciências Jurídico-
Políticas, com menção em Direito Internacional Público e Europeu, orientada
pelo Professor Doutor Francisco António Lucas Ferreira de Almeida e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Maio de 2022

RESUMO

O crime contra a humanidade de perseguição consiste num dos principais exemplos de um crime internacional em sentido próprio. O objetivo desse estudo é demonstrar suas principais aporias e apresentar as suas diferenças em face dos demais crimes internacionais. A presente dissertação tratará da jurisprudência mais recente do Tribunal Penal Internacional e das principais correntes doutrinárias a respeito da matéria. Ao final, formularemos uma definição para o crime de perseguição contra grupos ou coletividades.

Em primeiro lugar, analisaremos o papel da igualdade no direito internacional penal, que é substancial. Posteriormente, comentaremos a relação desse princípio com os crimes contra a humanidade, em relação à *mens rea*, ao *actus reus* e ao bem jurídico. Concluiremos que, em geral, essa categoria penal não visa proteger a igualdade dos seres humanos, mas que uma das suas subcategorias tem essa função: os crimes persecutórios.

Em atenção ao crime de perseguição, estudaremos a sua história, os seus elementos subjetivo e objetivo e a exigência de uma conexão com outros atos ou crimes. O ponto de partida será o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Chegaremos à conclusão de que a perseguição consiste num crime de intenção dirigido contra membros de grupos ou de coletividades selecionados à luz de critérios predominantemente respeitantes à percepção subjetiva do perpetrador. A perseguição ocorre com uma privação contrária ao direito internacional de direitos fundamentais das vítimas com o objetivo da sua remoção da sociedade.

O crime ofende a igualdade na medida em que o seu *animus* discriminatório se manifesta na intenção (realista) de expulsar do *corpus* social certos seres humanos vistos como inferiores. Como é cometido no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil, também viola a dimensão coletiva da dignidade humana.

Palavras-chave: Perseguição – Crime contra a humanidade – direito internacional penal

ABSTRACT

The crime against humanity of persecution is one of the prime examples of a crime under international law. The goal of this study is to demonstrate its main aporias and to present its differences regarding the others international crimes. The present dissertation will discuss the newest jurisprudence of the International Criminal Court and the main schools of thought in respect to the subject. Finally, we will formulate a definition for the crime of persecution of groups or collectivities.

First, we will analyse the role of equality in international criminal law, which is substantial. Afterwards, we will comment the relationship of this principle with the crimes against humanity, regarding the mens rea, the actus reus and the protected legal interest. We will conclude that, in general, this criminal category does not sought to protect equality of human beings, although one of its subcategories has this function: the persecution type crimes.

Regarding the crime of persecution, we will study its history, subjective and objective elements and the requirement of a nexus with other acts or crimes. The starting point will be the Rome Statute of the International Criminal Court. We will arrive at the conclusion that persecution is a crime of intent directed against members of groups or collectivities selected in light of criteria concerning predominantly the subjective perception of the perpetrator. The persecution happens with the deprivation of fundamental rights of the victims contrary to international law with the aim of their removal from society.

The crime injures the equality because its discriminatory *animus* manifests itself in the (realistic) intent of expulsion from the societal *corpus* of human beings viewed as inferiors. As it is committed in the context of a widespread or systematic attack against a civilian population, it violates also the collective dimension of human dignity.

Key words: Persecution – crimes against humanity – international criminal law

Lista de siglas e abreviaturas

§	Parágrafo
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJIL	The American Journal of International Law
BFD	Boletim da Faculdade de Direito
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BPP	Bulletin of Peace Proposals
BYIL	British Yearbook of International Law
BSb	Boom Strafbald
CDI	Comissão de Direito Internacional
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CLF	Criminal Law Forum
CSNU	Conselho de Segurança das Nações Unidas
DJ	Direito e Justiça
DJCIL	Duke Journal of Comparative & International Law
DRZ	Deutsche Richterzeitung
ERTPI	Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional
FDUCP	Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
HRQ	Human Rights Quarterly
ICLR	International Criminal Law Review
IP	L'Indice Penale
JICJ	Journal of International Criminal Justice

JNSLP Journal of National Security Law & Policy

LCC n.º 10 Lei do Conselho de Controlo n.º 10

LJIL Leiden Journal of International Law

Neth YIL Netherlands Yearbook of International Law

PC Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales

PGR Procuradoria Geral da República

RVBDI Revue Belge de Droit International

RCADI Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye

RFDUL Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RDPC Revista de Derecho Penal y Criminología

RECPC Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

RGDIP Revue Générale de Droit International Public

RP Revista Penal

RPCC Revista Portuguesa de Ciência Criminal

RTDH Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme

SDILJ San Diego International Law Journal

ISJZ Süddeutsche Juristen-Zeitung

TMIEO Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente

TPI Tribunal Penal Internacional

TPIJ Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia

TPIR Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

VJTL Vanderbilt Journal of Transnational Law

YJIL Yale Journal of International Law

ÍNDICE

1. Introdução.....	9
2. Considerações iniciais: O direito internacional penal sob o prisma da não discriminação.....	10
2.1 O valor da igualdade no contencioso penal internacional.....	10
2.2 Os crimes contra a humanidade	19
2.2.1 O elemento subjetivo – a controvérsia em torno do <i>animus</i> discriminatório	22
2.2.2 O elemento objetivo – a questão da política discriminatória.....	26
2.2.3 O bem jurídico a proteger – a igualdade de todos os seres humanos?.....	32
3. A perseguição de grupos ou de coletividades no Estatuto de Roma.....	34
3.1 Os traços históricos da tipificação	34
3.2 A definição estatutária.....	36
3.2.1 A <i>mens rea</i>	39
3.2.1.1 A seleção do grupo ou da coletividade	40
3.2.1.1.1 Os motivos ligados à raça, à etnia, à nacionalidade e à religião.....	40
3.2.1.1.2 Os motivos ligados à política e à cultura.....	41
3.2.1.1.3 Os motivos ligados ao sexo.....	43
3.2.1.1.4 Outros motivos universalmente reconhecidos.....	44
3.2.1.2 <i>Animus persecuendi</i> ou <i>animus</i> discriminatório?	48
3.2.2 O <i>actus reus</i>	55
3.2.2.1 A privação de um direito fundamental.....	62
3.2.2.2 A ilicitude à luz do direito internacional.....	63
3.2.2.3 A gravidade do ato persecutório.....	65
3.3 O requisito de ligação	66
4. A perseguição – um crime de intenção contra a igualdade.....	71
5. Conclusão.....	75
6. Bibliografia.....	78

«D'après cela, la persécution serait l'injustice même»¹

¹ ALAIN, *Du bonheur et de l'ennui et autres textes*, Gallimard, Barcelona, 2016, p. 61.

1. Introdução

Trataremos na presente dissertação do crime contra a humanidade de perseguição. O objetivo desta empresa é a análise dessa importante e histórica infração, destringendo os seus elementos objetivo e subjetivo, à procura da melhor forma de defini-la.

Em primeiro lugar, esboçaremos uma breve reflexão sobre o papel da igualdade no direito internacional penal, após a qual voltaremos a atenção para os crimes contra a humanidade. Importa estudar o seu *actus reus*, a sua *mens rea* e, por fim, o seu bem jurídico, que persiste um questão envolvida em grande controvérsia doutrinal.

Em segundo lugar, apresentaremos um recorte geral da evolução histórica das perseguições penalmente proibidas. Dar-se-á grande relevância a sua tipificação no quadro do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Em terceiro lugar, desenvolveremos a *mens rea* persecutória, explicitando as maneiras pelas quais o perseguidor seleciona discriminatoriamente as suas vítimas.

Sublinharemos, outrossim, a qualificação da perseguição como um *crime de intenção*.

Em quarto lugar, será dedicada uma parte da dissertação ao *actus reus* do crime. Procuraremos dar uma definição de “direito fundamental” para efeitos do Estatuto de Roma e analisaremos, outrossim, o complexo requisito de gravidade exigido para os atos persecutórios.

Em penúltimo lugar, discutiremos de modo crítico o requisito de ligação que é exigido pelo texto estatutário.

Por fim, buscaremos terminar este trabalho com uma reflexão sobre o bem jurídico tutelado e alvitaremos uma definição para o crime.

O presente estudo seguirá uma linha metodológica indutiva e diacrónica, dando especial relevo às decisões dos tribunais internacionais penais, não excluindo o Tribunal Penal Internacional de Haia, perante o qual já foram condenados dois arguidos pelo *delictum* de perseguição.

As fontes utilizadas foram, para além das de língua pátria, pesquisadas em língua alemã, espanhola, italiana, francesa, neerlandesa e inglesa.

2. Considerações iniciais: O direito internacional penal sob o prisma da não discriminação

Importa tratar neste introito do vínculo existente entre o direito internacional penal e o direito humano à não discriminação. Apresentar-se-á, num primeiro momento, o importante reflexo do valor da igualdade entre todos os seres humanos na justiça penal internacional; num segundo momento, lançar-se-á luz sobre a especificidade dessa relação no contexto próprio dos crimes contra a humanidade.

Dois objetivos almejam estes prolegómenos: perscrutar, por um lado – e ainda que *à vol d’oiseau* –, os traços gerais da categoria penal em que se insere a perseguição de grupos ou de coletividades e investigar, por outro – e precipuamente –, em que medida as incriminações dessa categoria visam os tratamentos discriminatórios. Ao final deste capítulo, ter-se-á demonstrado que os crimes contra a humanidade, na sua generalidade, não tutelam os indivíduos contra discriminações ilegítimas; mas que essa proteção é garantida tão somente por uma sua subclasse, precisamente aquela constituída pelos chamados *persecution type crimes*.

Sem mais tardar, concretizemos:

2.1 O valor da igualdade no contencioso penal internacional

Dá-se tradicionalmente a designação de *direito internacional penal*² ao ramo de direito internacional público voltado para a incriminação de condutas contrárias aos interesses mais importantes da comunidade internacional como um todo, para o estabelecimento de penas em consequência da sua prática e para a regulação das condições de suas repressão e punição³. Integra-o o conjunto de normas concernentes à responsabilidade pelos denominados *crimes under international law*⁴— ou, ainda com o mesmo sentido,

² Optámos por empregar preferencialmente essa denominação ao longo do presente estudo. Ressalte-se, sem embargo, que tal escolha metodológica reflete apenas um anseio de frisar a componente jusinternacionalista desse campo do direito. Notamos ademais que a diferenciação de nomenclatura entre *direito internacional penal*, de uma banda, e *direito penal internacional*, de outra, constituindo o primeiro o ramo de direito internacional público concernente à matéria dos *crimes under international law*, e o segundo as normas de aplicação da lei penal no espaço em vigor na esfera jurídica nacional, retém hodiernamente sobretudo uma significação histórica. Não se há de negar que as duas expressões se têm utilizado de modo quase indistinto — chama-se usualmente, com efeito, *Tribunal Penal Internacional* àquele sediado em Haia, posto que vocacionado a assuntos tradicionalmente integrados no direito internacional penal —, nem que o direito penal estatal contém regras e critérios de origem internacional, nem que, por sua vez, o direito internacional penal trata também de questões tipicamente atinentes ao direito interno. Assim: Ana Isabel Rosa PAIS, *O Direito Penal Internacional e a Responsabilidade dos Superiores Hierárquicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 17-20. Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*, Gestlegal, Coimbra, 3. ed., 2019, pp. 242-243. Carlos Eduardo Adriano JAPIASSÚ, *Direito penal internacional [recurso eletrónico]*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, pp. 17-19. Nunca obstante, a designação por nós escolhida é de longe a mais recorrente na doutrina portuguesa: António Furtado dos SANTOS, *Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional*, *BMJ*, N.º 92, Lisboa, 1960, pp. 169-181. Carlos BLANCO DE MORAIS, *A Responsabilidade Criminal do Indivíduo em Direito Internacional*, *RFDUL*, Vol. XXVIII, Lisboa, 1987, pp. 147-148 e *passim*. André GONÇALVES PEREIRA/ Fausto de QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, Livraria Almedina, Coimbra, 3 ed., 1993, p. 385 (nota 3). Eduardo CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público – Vol. II*, Edições Almedina, Coimbra, 2004, p. 528 (nota 961). Joaquim da SILVA CUNHA/ Maria da Assunção do Vale PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público*, Edições Almedina, Coimbra, 2. ed., 2004, p. 481. Jorge Bacelar GOUVEIA, *Direito Internacional Penal. Uma Perspectiva Dogmático-Crítica*, Edições Almedina, Coimbra, 2008, *passim*, e, particularmente, pp. 69-70. Inês Ferreira LEITE, *O Conflito de Leis Penais. Natureza e Função do Direito Penal Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 217-227. Pedro CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal – O Caso Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 36-38. Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional penal*, *BFD*, Vol. LXXXVIII, Tomo I, Coimbra, 2012, *passim*. Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Princípa Editora, Cascais, 6.ed., 2016, p. 370. Jónatas E. M. MACHADO, *Direito Internacional – Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, Gestlegal, Coimbra, 5. ed., 2019, pp. 448-450. Wladimir BRITO, *Direito Internacional Público*, Edições Almedina, Coimbra, 2021, pp. 501-651, com destaque para as pp. 501-502. Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 4. ed., 2021, p. 69.

³ Por todos: Inês Ferreira LEITE, *O Conflito...*, *cit.*, p. 220.

⁴ Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Direito internacional público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2. ed., 2003, p. 332-337. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 4. ed., 2020, pp. 35-37.

crimes supranacionais⁵ ou, mais comumente, internacionais em sentido próprio⁶ –, *scilicet*: agressão, crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade.

Os inolvidáveis julgamentos havidos na Alemanha e no Japão no rescaldo da Segunda Guerra Mundial debruçaram-se pioneiramente sobre plúrimos crimes contra a paz, de guerra e contra a humanidade cometidos em nome e no interesse dos Estados do Eixo. Sem embargo, ainda não se tratava de um verdadeiro e consolidado contencioso penal internacional. Isso em razão de os tribunais incumbidos de aplicar a Lei do Conselho de Controlo n.º 10 (nas zonas alemãs ocupadas) consistirem em órgãos de direito interno estabelecidos *ad hoc* e de os Tribunais de Nuremberga e de Tóquio fundarem-se – no primeiro caso – num consenso alcançado pelas potências vitoriosas e – no segundo – numa declaração unilateral do general americano MacArthur, Comandante Supremo dos Aliados para o Teatro do Pacífico⁷.

Apenas com a instauração pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Jugoslávia (TPIJ)⁸ e para o Ruanda

⁵ Florence BELLIVIER/ Marina EUDES/ Isabelle FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, Presses Universitaires de France, Paris, 2018, pp. 99-100 e *passim*. Djamchid MOMTAZ, *La Hiérarchisation de L'Ordre Juridique International*, RCADI, Vol. 412, Maubeuge, 2020, p. 51. O adjetivo escolhido, todavia, é criticável na medida em que parece apontar para o conceito de *direito penal supranacional*, que significa em rigor o direito penal emanado a partir de uma organização supranacional. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, *cit.*, p. 68.

⁶ Antonio CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 3. ed., 2013, pp. 18-21. Rosario Salvatore AITALA, *Diritto internazionale penale*, Le Monnier Università, Milano, 2021, pp. 42-47. Melhor, a nosso ver, essa designação que a de “crimes internacionais *stricto sensu*”, a qual sugere que os *treaty based crimes* (como o tráfico de pessoas ou o branqueamento de capitais com dimensão transfronteiriça) pertençam à categoria dos crimes internacionais – ainda que num sentido amplo –, quando na realidade constituem tão somente crimes de cariz transnacional. *Vide*, no entanto: Kai AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II: The Crimes and Sentencing, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 226-228. Elies van SLIEDREGT, «Internationale misdrijven in het Nederlandse strafrecht en internationales strarechtspraak», in *Handboek internationaal strafrecht. Internationaal en Europees strafrecht vanuit Nederlands perspectief* (Richard van ELST/ Elies van SLIEDREGT red.), Wolters Kluwer, Deventer, 2. druk, 2015, pp. 507-509. Alicia Gil GIL/ Elena MACULAN, «Qué es el derecho penal internacional», in *Derecho penal internacional* (Alicia Gil GIL/ Elena MACULAN dir.), Editorial Dykinson, Madrid, 2. ed., 2019, pp. 46-51.

⁷ Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Direito internacional...*, *cit.*, p. 335. Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, Edições Almedina, Coimbra, 2009, pp. 48-49. Negando a qualidade de jurisdição internacional ao Tribunal de Nuremberga: André GONÇALVES PEREIRA/ Fausto de QUADROS, *Manual...*, *cit.*, p. 385. Nesse mesmo sentido: Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 5. Auf., 1996, p. 120. Paulino LUKAMBA, *Direito Internacional Público*, Escolar Editora, Lobito, 4. ed., 2017, p. 263. *Vide* também, a respeito desse último ponto, e chegando a conclusão diversa: Didier REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 3. ed., 2019, pp. 656-657. Ressaltando, todavia, que o cariz internacional desse órgão (à semelhança do Tribunal de Tóquio) decorre mais de aspetos formais que de substanciais: Edoardo GREPPI, *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Utet Giuridica, Padova, 2012, pp. 8-9.

⁸ UNSC, Resolution 827 of 25 May 1993 (S/RES/827).

(TPIR)⁹ a justiça criminal internacional atingiu a sua fase de maturidade. A resposta da comunidade internacional às atrocidades perpetradas nos derradeiros anos do século XX nesses territórios afasta qualquer potencial crítica de que consubstanciasse uma espécie de justiça de vencedores sobre vencidos. Com efeito, os acusados foram sempre julgados por uma jurisdição penal “estruturalmente imparcial e não militar”¹⁰, integrada no sistema da Organização das Nações Unidas e criada ao abrigo do disposto no artigo 29.º e no capítulo VII da sua Carta fundadora.

Em contraste nítido seja com o TPIJ, seja com o TPIR, o Tribunal Penal Internacional (TPI), instituído por tratado multilateral¹¹, consiste num órgão jurisdicional com ampliada competência geográfica e de caráter permanente. O seu advento, há muito aguardado, representou um revolucionário “passo em frente”¹² no sentido da tutela dos bens jurídico-penais com relevo internacional. O seu Estatuto, adotado em Roma com o acordo de 120 Estados – em vigor desde 2002 –, prevê a punição dos crimes de agressão¹³, de guerra¹⁴, de genocídio¹⁵ e contra a humanidade¹⁶. Fornecendo o TPI o exemplo mais perfeito de um contencioso penal de tendência planetária até agora alcançado, compreenderá seguramente o Leitor que privilegiemos a sua análise ao longo do presente estudo.

Resulta claro da leitura do seu Estatuto (ERTPI) o plexo com o direito internacional dos direitos humanos¹⁷ e, em particular, com o princípio importantíssimo da igualdade – significando a exigência de tratar-se igualmente o igual e desigualmente o desigual na

⁹ UNSC, Resolution 955 of 8 November 1994 (S/RES/955).

¹⁰ Jónatas E. M. MACHADO, *Direito Internacional...*, cit., p. 449. Vide também: Marc Perrin de BRICHAMBAUT/ Jean-François DOBELLE, *Leçons de droit international public*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/ Dalloz, Paris, 2. ed., 2011, pp. 236-237.

¹¹ Dessa forma, não sendo fruto de uma “vontade restrita” do CSNU: Jorge Bacelar GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público – Uma Perspetiva de Língua Portuguesa*, Edições Almedina, Coimbra, 5. ed., 2020, p. 717. Vide também: Alain PELLET, *Le Droit International à la Lumière de la Pratique: L’Introuvable Théorie de la Réalité*, RCADI, Vol. 414, Maubeuge, 2021, p. 405.

¹² José Francisco de FARIA COSTA, *Direito Penal*, Imprensa Nacional, Lisboa, 2017, pp. 115-116. O que se deixa para trás, com efeito, é a fase primitiva do direito criminal na esfera internacional, no qual os *delicta* e as penas não encontravam previsão em lei escrita anterior e em que não era plenamente observado o princípio do juiz natural. Vide: Vespasian V. PELLA, *Towards an International Criminal Court*, AJIL, Vol. 44, N. 1, Chicago, 1950, pp. 67-68 e *passim*.

¹³ Artigo 8.º *bis* ERTPI. A sua inclusão estatutária deu-se tardiamente, no seguimento da Conferência de Revisão havida em Kampala, no Uganda, durante os dias 31 de maio a 11 de junho de 2011.

¹⁴ Artigo 8.º ERTPI.

¹⁵ Artigo 6.º ERTPI.

¹⁶ Artigo 7.º ERTPI.

¹⁷ Sobre esse entrelaçamento, assaz pormenorizadamente: William A. SCHABAS, *Relationships between International Criminal Law and Other Branches of International Law*, RCADI, Vol. 417, Maubeuge, 2021, pp. 329-387.

medida da sua desigualdade¹⁸. Dessa sorte, o direito internacional penal encontra ao mesmo tempo fundamentação para os seus critérios e limites para a sua aplicação¹⁹. O princípio, muito especialmente na sua dimensão negativa, consistente na *proibição de discriminação* – termo pelo qual se devem entender as distinções que não visam fim legítimo algum ou que, ainda que visem, implicam uma atuação desproporcional²⁰ –, tem tratamento no artigo 2.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem²¹ e em múltiplas convenções posteriores²² e integra, aliás, o direito costumeiro internacional²³. Por oportuno, passamos a apresentar *infra* os seus pontos de contato essenciais com a justiça penal internacional:

Primo, o direito à não discriminação estabelece uma “*limitação ético-valorativa à operatividade das fontes de direito internacional penal*”²⁴. Dessarte, o artigo 21.º/3 do ERTPI estipula que:

“A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o sexo, tal como definido no n.º 3 do artigo 7.º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação económica, o nascimento ou outra condição.”

Da orientação apontada podem-se lobrigar duas consequências para o funcionamento da justiça penal internacional: (i) as normas penais (substantivas e adjetivas) devem ser interpretadas em consonância com as exigências de um direito axiologicamente fundado

¹⁸ Assim: ICJ, Dissention Opinion of Judge Tanaka, South West Africa Cases, Second Phase, Judgement (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), 18.7.1966, pp. 305-306.

¹⁹ Alicia Gil GIL/ Elena MACULAN, «Qué es el derecho penal internacional»..., *cit.*, p. 44.

²⁰ Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persecución como crimen contra la humanidad*, Publicaciones i Ediciones de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011, pp. 237-238. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 15 ed., 2021, pp. 417-447, destacadamente as pp. 439-445.

²¹ “*Everyone is entitled to all rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status*”: UNGA, Resolution 217 A of 10 December 1948 (A/RES/217 (III)), art. 2.º.

²² *Vide*, a título de exemplo, o Pacto Internacional Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigos 2.º/1 e 26.º), o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (artigo 2.º/2), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (artigo 14.º), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 21.º/1), a Convenção Interamericana de São José da Costa Rica (artigo 1.º/1), e, outrossim, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (artigo 2.º).

²³ William A. SCHABAS, *The Customary International Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 163-178.

²⁴ Nesses termos: Jorge Bacelar GOUVEIA, *Direito Internacional Penal...*, *cit.*, pp. 166-170.

na não discriminação em razão do sexo, da orientação sexual²⁵, da raça, da cor, da religião ou do credo, da opinião política ou outra, da língua, da origem nacional, étnica ou social, da situação económica, do nascimento, da idade, ou de outra condição, e (ii) – em casos-limite de absoluta incompatibilidade – será desaplicada toda solução que se mostre em concreto violadora de tal fundamento²⁶.

Secundo, é desejável que, no processo de seleção dos juízes penais internacionais, se vise a *representação equitativa das regiões e dos principais sistemas jurídicos do mundo e de homens e de mulheres*. É esse o sentido do artigo 36.º/8/a) do ERTPI.

Quanto ao primeiro ponto, a diversidade geográfica e de culturas jurídicas reforça a percepção de legitimidade²⁷ da missão do órgão julgador, aplicador de um direito com vocação verdadeiramente universal²⁸. O desafio principal é, com efeito, o do “sério e difícil compromisso”²⁹ entre sistemas jurídicos distintos – refira-se, desde já, aos cento e vinte três Estados atualmente Partes do Estatuto de Roma³⁰ – de matrizes por vezes radicalmente diversas. A resposta passa indubitavelmente pelo respeito a certos princípios jurídico-penais universalmente acolhidos (*v. g. nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, ne bis in idem...*), mas também pela eleição de juízes com efetiva ligação aos diferentes sistemas de direito existentes³¹.

Ademais, a seleção equitativa de julgadores homens e mulheres é estimulada³². O intuito é assegurar, em resposta a um contexto de perpetração de *crimes under*

²⁵ Especificamente sobre a orientação sexual: ICC (TC I), Prosecutor v. Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, ICC-01/04-01/06-2904, 7.8.2012, §191.

²⁶ Jorge Bacelar GOUVEIA, *Direito Internacional Penal...*, cit., pp. 168-169.

²⁷ Vide, quanto às discussões ocorridas durante o processo de elaboração do ERTPI, fundadas no interesse compartilhado de que os juízes não fossem identificados com determinadas tradições jurídicas em detrimento das demais: Medard R. RWELAMIRAL, «Composition and Administration of the Court», in *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations and results* (Roy S. K. LEE), Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 165.

²⁸ Matteo COSTI/Emanuela FRONZA, «Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione», in *Introduzione al Diritto Penale Internazionale* (Enrico AMATI/ Matteo COSTI/ Emanuela FRONZA/ Paolo LOBBA/ Elena MACULAN/ Antonio VALLINI), 4. ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, p. 19.

²⁹ Wladimir BRITO, *Direito Internacional...*, cit., p. 560.

³⁰ Assim: https://asp.icc-cpi.int/FR_Menu/asp/states%20parties/pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx (Consultado pela última vez em 01 de maio de 2022).

³¹ Wladimir BRITO, *Direito Internacional...*, cit., pp. 560-562.

³² No âmbito do ERTPI fala-se, com efeito, de «representação equitativa» (*fair representation, représentation équitable*). A fórmula utilizada foi sugerida pelas delegações da Austrália, da Nova Zelândia e do Canadá como meio de superar as hesitações em torno do conceito originalmente proposto de *gender balance (équilibre entre les sexes*, na versão francesa), o qual poderia, na visão de alguns Estados, ser lido como um imperativo excessivamente exigente. Medard R. RWELAMIRAL, «Composition»..., cit., pp. 166-167.

international law fortemente marcado pela violência baseada no género³³, um olhar não androcêntrico para as dificuldades sentidas por vítimas e por testemunhas do sexo feminino³⁴. Não se deve olvidar, com efeito, que os crimes internacionais não afetam por regra homens e rapazes e mulheres e meninas da mesma maneira – estas tendem a sofrer consequências médicas, psiquiátricas, psicológicas e sociais mais severas do que as que recaem sobre aqueles³⁵.

Tertio, e em respeito a uma ideia de *igualdade penal*³⁶, a responsabilidade criminal internacional pode recair sobre pessoas atuantes em todos os níveis da hierarquia estatal, englobando militares, funcionários públicos, autoridades locais, membros dos Poderes Legislativo e Executivo (inclusivamente o Ministro dos Negócios Estrangeiros), e até Chefes de Estado e de Governo – pelo que vigora no direito internacional penal o chamado princípio da *irrelevância da qualidade oficial*³⁷. A esse respeito, a Comissão

³³ Pensemos, em especial, na prática atroz do recurso a crimes sexuais como “armas de guerra invisíveis”, cujos efeitos dramáticos (não apenas para as vítimas e suas famílias, mas também para a sociedade em geral) só nos últimos cinquenta anos têm recebido a devida atenção dos investigadores. Prostituições forçadas, violações, casamentos forçados, atos de escravatura sexual, de esterilização forçada ou de gravidez à força, ou outras formas semelhantes de violência e de humilhação (como o constrangimento a despir-se e a exibir o corpo nu em exercícios de ginástica perante um público – vide ICTR (TC I), *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement, ICTR-96-4-T, 2.9.1998, § 688) foram empregados com fins táticos, como instrumentos de limpeza étnica ou como “prémios” para os combatentes em um grande número de conflitos armados ao longo da história, e, ainda hoje, a malgrado dos avanços do direito internacional penal e humanitário, constituem um não raro método de se fazer a guerra. Elevadas, refira-se, são as “cifras negras” desse âmbito de criminalidade, porquanto o temor de novos ataques ou de uma reação negativa no seio familiar ou comunitário contribuem para que grande parte dos casos não seja denunciada. A propósito: M. Cherif BASSIOUNI/ Marcia McCORMIC, «Sexual Violence. An invisible weapon of war in the former Yugoslavia», in *Occasional Paper n.º 1, International Human Rights Law Institute. The Paul University College of Law*, Chicago, 1996, *passim* e, particularmente, pp. 3-6. Também, com grande interesse: Sónia FIDALGO, *Os crimes sexuais no Direito Internacional Penal*, BFD, Vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, *passim* e, em especial, pp. 639-640. Vide ainda: Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 385-415, com destaque para as pp. 385-391.

³⁴ Leila Nadya SADAT, *Avoiding the Creation of a Gender Ghetto in International Criminal Law*, ICLR, Vol. 11, Leiden, 2011, pp. 657-660.

³⁵ *Ibidem*, p. 658. Especificadamente no que tange às vítimas de crimes sexuais, vide também a reflexão feita pelo Juízo de Julgamento III do TPI por ocasião do caso *Bemba*: ICC (TC III), *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/05-01/08, 21.6.2016, §36.

³⁶ Mário Ferreira MONTE, «Princípios Gerais do Direito Penal Internacional», in *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: Comentários* (Wladimir BRITO/ Pedro Miguel FREITAS coords.), DH-CH Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, Braga, 2018, pp. 92-94.

³⁷ Jorge Bacelar GOUVEIA, *Direito Internacional Penal...*, cit., pp. 261-262. Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 246-249. Antonio CASSESE, *Cassese's International ...*, cit., pp. 240-248. Flavia LATTANZI, «The International Criminal Courts and National Jurisdictions», in *The Rome Statute of the International Criminal Court* (Mauro POLITI/ Giuseppe NESI eds.), Routledge, Abdingon/ New York, 2016, pp. 189-191. Manuel Ollé SESÉ, «Principios Generales in Derecho penal internacional...», cit., pp. 195-207. Otto TRIFFTERER/ Christoph BURCHARD, «Article 27», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.), C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 4. ed., 2022, pp. 1257-1279.

de Direito Internacional (em harmonia com a jurisprudência dos tribunais penais internacionais) tem reiteradamente apontado no sentido da responsabilização dos agentes por *crimes under international law* cometidos no exercício de um cargo oficial³⁸.

Dessa sorte, todos os indivíduos (maiores de idade) são tratados igualmente no direito internacional penal. As tradicionais imunidades *ratione materiae*³⁹, mas também – em alguma medida – as *ratione personae*⁴⁰ de que gozam os mais altos representantes

³⁸ ILC, *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal*, 1950, Principle III. ILC, *Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind*, 1954, Article 3. ILC, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, 1991, Article 13. ILC, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, 1996, Article 7. ILC, *Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity*, 2019, Article 6, §5. Quanto à aplicação desse princípio pelos tribunais internacionais, *vide*, por exemplo: IMT, Judgement of 1 October 1946, in *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg*, Pt. 22, Germany, 1950, pp. 556-561 (julgamento do antigo Chefe de Estado alemão – sucessor de Adolf Hitler – Karl Dönitz). ICTR (TC I), *The Prosecutor v. Jean Kambanda*, ICTR 97-23-S, Judgement and Sentence, 4.9.1998 (julgamento do ex-Primeiro-Ministro ruandês Jean Kambanda). ICTY (TC III), *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Decision on Preliminary Motions, 8.11.2001, §§ 26-33 (reconhecimento da competência *ratione personae* do TPIJ para o julgamento de Slobodan Milošević, antigo Presidente da República Federal da Jugoslávia).

³⁹ As imunidades funcionais (*ratione materiae*) – *scilicet*, as que recobrem os funcionários de um Estado, eximindo-os de responsabilidade penal pela prática de atos oficiais – não valem no âmbito da perpetração de *crimes under international law*, esteja-se perante um tribunal nacional ou internacional. Com efeito, a razão de ser desse tipo de imunidade prende-se com o dever de não ingerência nos assuntos internos de outro Estado, partindo-se da premissa de que as ações ou omissões do agente equivalem a *ações ou omissões estatais* – as práticas mais graves proibidas pelo direito internacional penal, no entanto, não se podem considerar, em rigor, atos de Estado. Pedro CAEIRO, *Fundamento...*, *cit.*, pp. 363-365. Alternativamente, a fundamentação para o afastamento das imunidades funcionais pode encontrar-se na existência, já há muito consolidada, de um costume internacional. Micaela FRULLI, «Le droit international et les obstacles à la mise en oeuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux», in *Crimes internationaux et juridictions internationales* (Antonio CASSESE/Mireille DELMAS-MARTY dir.), Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 216-225. Carlota Pizarro de ALMEIDA, «Um Exemplo de Jurisprudência Penal Internacional: O Caso Pinochet», in *Casos e Materiais de Direito Penal* (Maria Fernanda PALMA/ Carlota Pizarro de ALMEIDA/ José Manuel VILALONGA coords.), Edições Almedina, Coimbra, 3. ed., 2004, *passim* e, em particular, pp. 294-300. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, *cit.*, pp. 314-317.

⁴⁰ As imunidades pessoais (*ratione personae*) assistem a todos os diplomatas acreditados em um Estado estrangeiro e, outrossim, aos Chefes de Estado e de Governo e aos Ministros dos Negócios Estrangeiros. Abrangem a totalidade dos atos praticados por esses sujeitos; mas valem tão só durante o tempo em que se mantiver a qualidade oficial. Com efeito, aspiram a garantir o livre desempenho das funções públicas e, outrossim, a evitar toda interferência perturbadora do bom desenvolvimento das relações internacionais. Refira-se ainda que, no que concerne à lei penal, não desobrigam o agente do seu respeito – apenas obstam o concreto exercício do *ius puniendi* por parte da jurisdição estrangeira. No entanto, quanto aos perpetradores de *crimes under international law*, o TIJ pronunciou-se no sentido de não gozarem de imunidade perante “certos tribunais penais internacionais”: ICJ, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 14.2.2002, § 61. O real escopo dessa exceção é controverso. Admitindo-se que exista uma norma consuetudinária nesse sentido (o que não é pacífico na doutrina), é bastante dúbio que ela se estenda a tribunais híbridos com características de jurisdição doméstica e de jurisdição internacional, em que pese ao tratamento da questão pelo TESL e, ademais, pelo TPI: SCSL (AC), *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Decision on Immunity from Jurisdiction, 31.5.2004, §§ 37-59. ICC (PTC I), *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahamad Al Bashir*, Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87 (7) of the Rome Statute on the

estatais devem – no plano do contencioso penal internacional – ter-se por afastadas, de modo que não se fiquem por punir aqueles que abusam do seu poder e da sua autoridade para a prática de atos que afetam gravemente toda a comunidade internacional. Não é diversa a solução prevista no artigo 27.º do ERTPI, em que se estabelece que esse Estatuto “será aplicado de *forma igual* a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial” (itálicos nossos).

Quarto, o direito à igualdade e à não discriminação está refletido na incriminação de determinadas condutas integrantes da categoria dos crimes contra a humanidade. O exemplo mais representativo desses *tipos penais discriminatórios* (por vezes com a

Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 13.12.2011, §§18-36. No que tange aos tribunais internacionais *ad hoc* instituídos pelo Conselho de Segurança, não há dúvidas de que as imunidades pessoais sejam *irrelevantes*, devendo todos os Estados cooperar com os órgãos jurisdicionais em atenção aos artigos 25.º e 48.º da CNU. Relativamente ao TPI, contudo, tendo em vista a sua base convencional e o princípio da relatividade dos efeitos dos tratados, a melhor doutrina parece ser aquela que entende que compete ao Estado titular da prerrogativa, quando não Parte do ERTPI, *renunciar voluntariamente à imunidade* para que o Tribunal possa exercer a sua jurisdição. Para um estudo mais aprofundado, *vide*: Claus KRESS, «Commentary» in *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals* (André KLIP, Göran SLUTER eds.), Vol. IX, Intersentia, Oxford, 2005, pp. 202-208. Pedro CAEIRO, *Fundamento...*, *cit.*, pp. 363-369. Emmanuel DECAUX/ Laurent TRIGEAUD, «Les immunités pénales des agents de l'État et des organisations internationales» in *Droit international pénal* (Hervé ASCENSIO/ Emmanuel DECAUX/ Alain PELLET dir.), Éditions Pedone, Paris, 2 ed., 2012, p. 564. Manuel Ollé SESÉ, «Principios...», *cit.*, pp. 195-198, 201-207. Pierre-Marie DUPUY/ Yann KERBRAT, *Droit international public*, Éditions Dalloz, Paris, 15 ed., 2020, pp. 158-161. Hervé ASCENSIO, *L'immunité du chef d'État devant les juridictions pénales internationales*, AFDI, Vol. LXV, Paris, 2020, pp. 404-413. Helmut SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 10. Auf., 2022, p. 401. Advogando a inexistência de um costume que justifique a desconsideração das imunidades pessoais mesmo ante tribunais internacionais em processos relativos a *core crimes*: Micaela FRULLI, «Le droit international...», *cit.*, pp. 225-234. Robert CRYER/ Darryl ROBINSON/ Sergey VASILIEV, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 4 ed., 2019, pp. 520-530. Defendendo a posição inversa: Paola GAETA, «Official Capacity and Immunities», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Antonio CASSESE/ Paola GRETA/ John R.W.D. JONES eds.), Vol I, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 991. Paula ESCARAMEIA, *O direito internacional público nos princípios do século XXI*, Edições Almedina, Coimbra, 2003, p. 174. Paola GAETA, *Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?*, JICJ, Vol. 7, Oxford, 2009, *passim*, e, especialmente, 320-322. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, *cit.*, p. 319. Kai AMBOS, *Treatise on International Criminal Law: Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2. ed., 2021, pp. 536-540. A questão da possibilidade – ou da impossibilidade – da postergação de imunidades do tipo pessoal está assaz envolta em controvérsias, para as quais as jurisprudências dogmática e judicial não lograram oferecer uma resposta unívoca. Em causa está o difícil equilíbrio entre o valor da realização da justiça internacional e o interesse não menos essencial da integridade do exercício de funções soberanas no estrangeiro. Entendemos que as imunidades *ratione materiae* barram, em se tratando de Chefe de Estado, de Chefe de Governo ou de Ministro dos Negócios Estrangeiros (mas já não de outros agentes estatais), as perseguições penais por ordenamentos não nacionais, salvo na hipótese em que o seu afastamento seja imposto, explícita ou implicitamente, por uma organização supranacional, designadamente por meio de uma resolução do CSNU. *Vide*, por fim: Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, *cit.*, pp. 506-511.

designação de *Verfolgungsverbrechen* ou, mais comumente, de *persecution type crimes*⁴¹) consiste na perseguição propriamente dita de grupos ou de coletividades.

Esse particular *crime under international law* (consagrado nos artigos 7.º/1/h) e 7.º/2/g) do ERTPI) merecerá uma análise mais aprofundada ao longo do presente estudo. Sem embargo, é mister que se faça em primeiro lugar uma breve análise da categoria que o compreende.

2.2 Os crimes contra a humanidade

Consistem os crimes contra a humanidade em condutas contrárias ao direito internacional *iuris cogentis*⁴², consubstanciadas na violação grave de direitos humanos fundamentais, como a vida, a liberdade ou a integridade física e psíquica, no quadro de um ataque generalizado ou sistemático levado a cabo contra uma população civil e em cumprimento de uma política estatal (ou de uma organização diversa do Estado). A relevância dessas atividades para o direito internacional penal facilmente compreende-

⁴¹ Desusada está uma divisão tripartite, outrora cara à doutrina alemã, entre *Gebräuchliche Deliktsbezeichnungen* (ou *Einzelverbrechen*), *Massenverbrechen* e *Verfolgungsverbrechen*. Vide, porém: GÜDE, *Die Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 durch die deutschen Gerichte*, DRZ, 2. Jahrg., H. 4, Tübingen, 1947, p. 113. Criticamente, e notando a irrelevância do elemento massivo para distinguir entre crimes contra a humanidade, porquanto os tradicionalmente chamados *Massenverbrechen* (como a deportação ou a escravidão) podem consumir-se com a vitimização de uma só pessoa: Stephan MESEKE, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes*, Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin, 2004, pp. 173-174. Ligeiramente mais antiga, a *summa divisio* – formulada pela primeira vez por Schwelb – entre *murder type crimes*, por um lado, e perseguições, por outro, é hoje recorrente na doutrina especializada. Egon SCHWELB, *Crimes Against Humanity*, BYIL, Vol. 23, London/New York/Toronto, 1946, p. 190. Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental*, RECPC, Vol. 10-12, 2008, p. 28 (disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-12.pdf>, consultado pela última vez em 01 de maio de 2022).

⁴² Jean-François ROULOT, *Le Crime Contre l'Humanité*, L'Harmattan, Paris, 2002, pp. 144-150, 206-207. Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 136-146. O direito cogente é inderrogável e visa salvaguardar valores axiais da comunidade internacional. Apenas pode ser alterado por normas de igual valor. Vide: James CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 9. ed., 2019, pp. 581-583. Djamchid MOMTAZ, *La Hiérarchisation...*, cit., passim. Malcolm N. SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 9. ed., 2021, pp. 104-109. Alain PELLET, *Le Droit ...*, cit., pp. 203-207. De leitura fundamental: Eduardo CORREIA BAPTISTA, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lex, Lisboa, 1997. Do mesmo Autor: *Direito Internacional Público – Vol. I*, Lex, Lisboa, 1998, pp. 164-180.

se, porquanto, de uma banda, culminam numa severa despersonalização das vítimas⁴³, e, de outra, perigam a paz, a segurança e, outrossim, o bem-estar do mundo⁴⁴.

O termo teve sua gênese na célebre declaração conjunta de 24 de maio de 1915 dos governos russo, francês e britânico, denunciadora dos “crimes da Turquia contra a humanidade e a civilização” cometidos no contexto de um terrível morticínio contra a população arménia⁴⁵. No entanto, refira-se que ao reconhecimento desses *delicta* não se seguiu uma responsabilização penal no plano internacional dos infratores, dada a não entrada em vigor do Tratado de Sèvres de 1920, que a previa, e visto que o seu sucessor, o Tratado de Lausanne de 1923, não tratou da matéria, o que se explica pela Declaração de Amnistia que o acompanhava⁴⁶.

⁴³ Mireille DELMAS-MARTY, «Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs?», in *Crimes internationaux et juridictions internationales...*, cit., p. 67. Susana Aires de SOUSA, *Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade*, BFD, Vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, pp. 634-635.

⁴⁴ Como indica o terceiro parágrafo preambular do ERTPI. Note-se que a referência ao bem-estar do mundo, substituída na tradução portuguesa pela expressão “bem-estar da humanidade”, em linha, refira-se, com a versão espanhola do Estatuto, significa algo que vai para além da segurança e da paz internacionais e implica a tutela de recursos naturais indispensáveis ao homem – a que não é estranho um raciocínio de pendor ambientalista. Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, cit., pp. 118-119. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., p. 38. Otto TRIFFTERER/ Morten BERGSMO/ Kai AMBOS, «Preamble», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.)..., cit., p. 10.

⁴⁵ “In view of these new crimes of Turkey against humanity and civilization the Allied governments announce publicly [...] that they will hold personally responsible [...] all members of the Ottoman government and those of their agents who are implicated in such massacres.” Department of State, *Telegram Sent to Embassy, Constantinople, 29.5.1915*. Disponível em: https://www.armenian-genocide.org/popup/affirmation_window.html?Affirmation=160 (consultado pela última vez em 01 de maio de 2022). Declaração citada por: Egon SCHWELB, *Crimes...*, cit., p. 181. O Autor, sem embargo, refere-se ao dia 28 de maio de 1915 como a data da declaração conjunta, posto que ela seja de quatro dias antes. Vahakn N. DADRIAN, *Genocide as a Problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and Its Contemporary Legal Ramification*, YJIL, Vol. 14, N. 2, Yale, 1989, p. 262. Kai AMBOS, «Article 7- Introduction/ General Remarks», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.)..., cit., p. 143.

⁴⁶ O julgamento de alguns altos responsáveis pelo morticínio, como o antigo ministro da guerra turco, Enver Pascha, deu-se perante os tribunais nacionais otomanos com aplicação do seu direito interno. O Tratado de Paz de Sèvres reconhecia, porém, no seu artigo 230.º a possibilidade de as potências aliadas submeterem a juízo os responsáveis pelos massacres, estabelecendo que, caso a Liga das Nações criasse atempadamente um tribunal com competência sobre esses crimes, os aliados teriam o direito de conduzir os acusados a esse foro. É notável o progressismo dessa (malograda) convenção em contraste com os Tratados de Paz de Versailles, Saint-Germain-en-Laye, Trianon e Neuilly-sur-Seine de 1919, em que, fruto da objeção dos Estados Unidos da América, não se havia conservado nenhuma menção às “leis da humanidade” nos artigos atinentes à responsabilização pela violação das leis e de costumes de guerra. Egon SCHWELB, *Crimes...*, cit., p. 182. Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 26-28. Cherif BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, New York, 2011, pp. 88-95. Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *El crimen contra la humanidad*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pp. 39-42. A resposta tímida da comunidade internacional à criminosa perseguição dos arménios e da minoria étnica grega encontraria o seu contraponto no robusto direito de Nuremberga do pós-Segunda Guerra – ou, na visão de Maria Leonor Assunção, antes o seu “espelho”: Maria Leonor E. de Campos ASSUNÇÃO, «Apontamento sobre o crime contra a humanidade», in *Estudos em Homenagem a Cunha*

Importante formalização convencional deu-se – vários anos mais tarde – com a Carta do Tribunal Militar Internacional, anexa ao Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945. Tal instrumento visava a punição dos grandes criminosos de guerra (do lado do Eixo europeu) responsáveis por crimes de atrocidade perpetrados no âmbito da Segunda Guerra Mundial, estabelecendo para o propósito um órgão jurisdicional *ad hoc* com sede na cidade alemã de Nuremberga.

Seriam considerados, em cumprimento do seu artigo 6.º/c), crimes contra a humanidade “homicídio, extermínio, deportação, e outros atos desumanos cometidos contra toda e qualquer população civil, antes ou no decurso da guerra, ou perseguições nos campos político, racial ou religioso, em execução ou em ligação com qualquer dos crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal”⁴⁷. Trata-se decerto, e em combinação com as disposições similares da LCC n.º 10 de 1945 – fixadora de uma base legal comum para os julgamentos de acusados de *crimes under international law* nas zonas ocupadas na Alemanha – (artigo II/c))⁴⁸ e da Carta do TMIEO de 1946 – instalado em Tóquio e voltado para os grandes criminosos de guerra japoneses – (art. 5.º/c))⁴⁹, do principal precedente histórico para a previsão dessa categoria no ERTPI⁵⁰.

A tipificação plasmada no artigo 7.º do Estatuto de Roma, fortemente devedora desse passado, foi por sua vez acolhida no Projeto de Artigos da CDI de 2019 (art. 2.º), o que indicia ser um espelho significativamente fiel de um direito consuetudinário⁵¹ já

Rodrigues – Volume I (Jorge de Figueiredo DIAS/ Ireneu Cabral BARRETO/ Teresa Pizarro BELEZA/ Eduardo Paz FERREIRA org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 83-84.

⁴⁷ Constitui essa a origem da “*noção moderna* dos crimes contra a humanidade” (itálicos no original): Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., p. 29. Em rigor, só enquanto conceção jurídica poder-se-ia aqui falar de uma “novidade absoluta”. André FROSSARD, *Le crime contre l’humanité*, Éditions Robert Laffont, Paris, 1987, p. 13. Como realidade sociológica, os crimes contra a humanidade têm, com efeito, raízes históricas muito mais profundas. Jean GRAVEN, *Les Crimes Contre l’Humanité, RCADI*, Vol. 76, Maubeuge, 1950, p. 433.

⁴⁸ A LCC n.º 10 confirmou e desenvolveu o direito de Nuremberga. O seu principal contributo histórico para o direito internacional penal consistiu no abandono do *requisito de ligação* que antes se estabelecera entre os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra ou os crimes contra a paz – e que tornava aquela primeira categoria “subsidiária” diante destas últimas. Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, cit., pp. 31-32. Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 48-50. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., p. 12.

⁴⁹ A Carta de Tóquio idiossincraticamente não previa as perseguições no campo religioso. Se é certo que a gravidade das atrocidades cometidas na Europa contra o judaísmo e outras minorias religiosas não encontrou verdadeiro paralelo no Oriente – vide Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 47-48 –, a omissão não deixa de ser criticável diante da factualidade da repressão japonesa de não xintoístas nos territórios ocupados. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., p. 108 (nota 308).

⁵⁰ Mário Ferreira MONTE, «Crimes contra a Humanidade», in *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: Comentários...*, cit., p. 137.

⁵¹ Hugo RELVA, «Crímenes de lesa humanidad», in *Derecho Penal Internacional. Evolución histórica, régimen jurídico y estudio de casos* (Aitor MARTÍNEZ JIMÉNEZ dir.), Aranzadi, Pamplona, 2022, p.

mobilizado, aliás, pelos Tribunais criados pelo Conselho de Segurança. O novelíssimo documento visa criar as bases para a futura aprovação de uma convenção internacional sobre a prevenção e a punição dos crimes contra a humanidade.

Ora, importa densificar o conceito, analisando em separado os seus elementos subjetivo e objetivo e, por fim, o seu bem jurídico.

2. 2. 1 O elemento subjetivo – a controvérsia em torno do *animus* discriminatório

Os crimes contra a humanidade são dolosos – e pressupõem que o agente atue não só com a *mens rea* necessária para a infração-base na qual assenta a conduta internacionalmente criminosa, senão também com o conhecimento do contexto específico de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil⁵².

Dessa sorte, o agente deve, antes de tudo, corresponder a todas as exigências do tipo subjetivo de um *crime subjacente* que pertença à categoria em causa – possuindo, portanto, o dolo exigido para essa infração e, se for o caso, outros elementos do tipo subjetivo. Para além de ter o conhecimento dos diferentes elementos constitutivos do *actus reus*, é-lhe exigido que atue intencionalmente – *scilicet*, com a vontade de praticar a ação (ou a omissão) criminosa.

Penalmente irrelevantes devem-se considerar, com efeito, as atuações negligentes. Como a justiça internacional penal existe para combater as condutas mais graves que atentam contra os valores mais básicos da comunidade internacional, e como os crimes

130. Também reconhecendo o art 7.º ERTPI como a fonte inspiradora dos trabalhos mais recentes da CDI, e vendo nele “a definição atual do crime contra a humanidade”: Florence BELLIVIER/ Marina EUDES/ Isabelle FOUCARD, *Droit des crimes...*, cit., p. 129. Nunca obstante, é mister ressaltar que há pontos em que as formulações do ERTPI e do Projeto de artigos se afastam de modo claro do costume internacional, como veremos *infra* (ponto 3.2.3) a respeito da conservação serôdia do “requisito de ligação” para o crime de perseguição.

⁵² Assim: Germano Marques da SILVA, «Crimes Contra a Humanidade», in *O Tribunal Penal Internacional e a transformação do direito internacional – Conferência Internacional da FDUCP/PGR, volume especial da DJ* (João Silva MIGUEL/Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, org.), Faculdade de Direito da Universidade Católica, Lisboa, 2006, p. 61. Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 331-337. Antonio CASSESE, *Cassese’s International...*, cit., pp. 98-100. Mário Ferreira MONTE, «Crimes contra a Humanidade»..., cit., pp. 154-157. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., p. 393. Rosario Salvatore AITALA, *Diritto...*, cit., p. 155. Kai AMBOS, «Article 7-Chapeau», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.)..., cit., pp. 166-167. Helmut SATZGER, *Internationales...*, cit., p. 432.

contra a humanidade compreendem aqueles atentados mais atrozes imagináveis contra a dignidade da pessoa humana, as condutas perpetradas meramente a título de negligência não atingem a necessária gravidade para responsabilizar o indivíduo no plano do contencioso penal internacional – ademais, os direitos internos dos Estados usam relevar apenas o comportamento doloso no domínio das infrações subjacentes⁵³.

No que tange, todavia, à admissibilidade, ou não, das formas culposas de *recklessness* e de *dolus eventualis*, persiste uma acesa controvérsia⁵⁴. A primeira consiste numa figura própria do direito de *common law* e verifica-se no momento em que o agente adota um comportamento perigoso para o bem jurídico-penal e, crendo na possibilidade de dano, não cumpre o seu dever de investigar os riscos do seu ato ou – em alternativa – escolhe ignorá-los (numa hipótese de cegueira voluntária ou de *wilful blindness*)⁵⁵. Já o dolo eventual consiste numa construção dos sistemas de direito romano-germânico, significando, em linhas gerais, uma modalidade de culpa mais acentuada que a negligência e que implica necessariamente a representação do ato típico como consequência possível da conduta⁵⁶.

O TPI tem entendido dar relevo apenas às atuações perpetradas com dolo direito (em que a realização típica é intencionada imediatamente pelo agente) ou com dolo necessário (em que realizar o facto típico é tão somente uma consequência certa ou

⁵³ Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 334-335.

⁵⁴ Acerca das principais posições assumidas pela doutrina: António Manuel ABRANTES, *Entre neutralidade e cumplicidade. O envolvimento de agentes económicos na comissão de crimes internacionais*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra, Coimbra, 2017, pp. 173-176.

⁵⁵ Victor TADROS, «Recklessness and the Duty to Care», in *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* (Stephan SCHUTE/A. P. SIMESTER eds.), Oxford University Press, Oxford, 2002, *passim*, e, especialmente, pp. 257-258.

⁵⁶ O dolo eventual distingue-se da chamada *negligência consciente*, ainda que as modalidades não divirjam grandemente no plano intelectual – porquanto em ambas releva a representação da possibilidade da realização do facto típico. Há plúrimas visões acerca do recorte dogmático do *dolus eventualis*, das quais se destacam as chamadas teorias da probabilidade (segundo as quais o agente há que representar o preenchimento do tipo penal com um grau elevado de probabilidade), da aceitação (em que o agente precisa de aceitar intimamente a verificação do tipo objetivo e de revelar indiferença quanto à questão) e da conformação (à luz das quais há comportamento doloso se o agente se resigna com a realização típica possível, tomando seriamente em conta o risco da ofensa ao bem jurídico protegido). A respeito da figura, na doutrina portuguesa: Américo Taipa de CARVALHO, *Direito Penal. Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica Editora, Porto, 3. ed., 2016, pp. 333-337. José Francisco de FARIA COSTA, *Direito Penal...*, cit., pp. 426-432. Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal...*, cit., pp. 429-441. Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, cit., pp. 160-161. Ademais, na alemã: Claus ROXIN/ Luís GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil – Band I*, Verlag C. H. Beck, München, 5. Auf., 2020, pp. 547-588. Similarmente, na espanhola: Santiago Mir PUIG, *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Repertor, Barcelona, 10. ed., 2016, pp. 271-276. Outrossim, na francesa: Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Paris, 27. ed., 2021, pp. 273-274.

necessária para atingir determinado fim)⁵⁷. A malgrado da letra do ERTPI, além de elementos históricos e teleológicos, os quais parecem, ainda que de modo não totalmente convincente, apontar nesse sentido mais restrito⁵⁸, é certo que o direito consuetudinário admite igualmente o dolo eventual⁵⁹ para a generalidade dos crimes contra a humanidade.

Outra questão controvertida é aquela atinente à exigência ou não de uma intenção discriminatória do agente para a consumação do crime contra a humanidade. Durante muito tempo, parte relevante da doutrina advogou que integrava a *mens rea* referente a todos os crimes contra a humanidade um *animus* discriminatório⁶⁰. Os argumentos apresentados, *venia concedida*, não logram contudo convencer.

Em primeiro lugar, perante a defesa de que seria esse elemento subjetivo um imperativo para a “coerência do sistema repressivo internacional” com vista à separação clara entre crimes contra a humanidade e crimes de guerra⁶¹, apoiamo-nos nos ensinamentos de Ferreira de Almeida para alvitrar que essa tese não leva devidamente

⁵⁷ ICC (TC II), *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of The Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, 15-06-2009, §§ 357-369. Em sentido contrário, todavia, fora a decisão do Juízo de Instrução no caso Lubanga: TPI (CPI) *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, *Décision sur la confirmation des charges*, ICC-01/04-01/06, 29-01-2007, §§ 352-365. O Juízo de Julgamento, contudo, não a acompanhou: ICC (TCI) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, Judgment Pursuant to Article 75 of the Statute, ICC-01/04-01/06, 14-03-2012, §§ 1009-1011.

⁵⁸ A esse respeito: Albin ESER, «Mental Elements – Mistake of fact and Mistake of Law», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Antonio CASSESE/ Paola GRETA/ John R.W.D. JONES eds.)..., cit., pp. 915-916. Christoph SAFFERLING, *Internationales Strafrecht*, Springer-Verlag, Berlin/ Heidelberg, 2011, pp. 104-105. Kai AMBOS, *Treatise on International Criminal Law: Volume I...*, cit., pp. 374-377. Helmut SATZGER, *Internationales...*, cit., pp. 392-393. Sem embargo, advertindo para a indesejabilidade de fixar-se um patamar demasiadamente exigente para o dolo dos *core crimes* – da sorte da “*virtual certainty*” propugnada pelo TPI – e advogando uma conceção autónoma do conceito de intenção no ERTPI: Donald K. PIRAGOFF/ Darryl ROBINSON, «Article 30», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.)..., cit., pp. 1339-1340. Admitindo (a nosso ver, acertadamente) o dolo eventual – e excluindo a simples negligência – para os crimes contra a humanidade: Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 288, 335. Mário Ferreira MONTE, «Crimes contra a Humanidade»..., cit., p. 154. Similarmente: Alicia GIL GIL, «El elemento subjetivo de los crímenes (*mens rea*)», in *Derecho penal internacional...*, cit., pp. 220-222.

⁵⁹ Vide: Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., pp. 222-223, 226-227, 232-233.

⁶⁰ Jean GRAVEN, *Les Crimes...*, cit., pp. 545-548. Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Tomo I, Instituto “Francisco de Vitoria”, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1955, pp. 647-648, 653-654. Eugène ARONEANU, *Le crime contre l’humanité*, Librairie Dalloz, Paris, 1961, pp. 50-51. Stanislaw PLAWSKI, *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, L.G.D.J., 1972, p. 100. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., p. 125. Rafaëlle MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d’État en droit international public*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 103-112. Entre nós: Albino de Azevedo SOARES, *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 4. ed., 1988, pp. 309-310 (nota 376).

⁶¹ Rafaëlle MAISON, *La responsabilité...*, cit., p. 110.

em conta a patente diversidade no seio daquela primeira categoria criminal⁶². Com efeito, a generalização dessa *intentio* para todos os crimes contra a humanidade redundaria na confusão entre os *persecution type crimes* (necessariamente discriminatórios) e os demais atos desumanos (*murder type crimes*), flexibilizando uma *divisio* firmemente estabelecida desde o direito de Nuremberga⁶³.

De facto, apenas nas infrações persecutórias o intuito de atentar contra a igualdade integra a *mens rea*. Ao revés, posto que seja sempre esperável encontrá-lo nos responsáveis máximos por um ataque contra uma população civil, exigi-lo para todos os agentes – a par de levantar problemas não despididos de prova – é ignorar que parte significativa dos perpetradores (*maxime* os de menor escalão) sói atuar sem intenção discriminatória alguma⁶⁴, não se afastando por esse motivo o juízo de censura cabível a esses gravíssimos *crimes under international law*.

Em segundo lugar, e seguindo ainda de perto Ferreira de Almeida⁶⁵, não julgamos ser de colher o argumento segundo o qual a existência da referida *intentio* nos crimes contra a humanidade de genocídio e de *apartheid* convidaria à sua generalização⁶⁶. Parece-nos constituir um salto lógico demasiado longo, sendo questionável o porquê de, entre múltiplos *delicta*, apenas esses, e não outros⁶⁷, contribuírem para uma tal densificação da categoria. Em rigor, a autonomização dessas infrações no direito internacional penal serve como uma ilustração mais direta do subgrupo que integram, o dos *Verfolgungsverbrechen*, como veremos *infra* neste estudo.

⁶² Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., p. 340.

⁶³ Assim: Muro BETTATI, «Le crime contre l'humanité», in *Droit international pénal* (Hervé ASCENSIO/ Emmanuel DECAUX/ Alain PELLET dir.), Éditions Pedone, Paris, 2 ed., 2012, p.114.

⁶⁴ Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 339-340.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 338-340.

⁶⁶ Rafaëlle MAISON, *La responsabilité...*, cit., p. 105, 108-109. Similarmente: Yann JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, L.G.D.J., Paris, 2002, pp. 143-146.

⁶⁷ O desaparecimento forçado de pessoas, por exemplo, nos termos do art. 5.º da Convenção Internacional de 2006, consubstancia um crime contra a humanidade em constituindo uma prática sistemática ou generalizada (UNGA, Resolution 177 of 20 December 2006 (A/RES/ /61/177)). Diversamente do que preveem as Convenções sobre o Genocídio de 1948 e sobre o *Apartheid* de 1973, não se exige nenhuma intenção discriminatória para a sua comissão.

Em suma, alinhamo-nos com a posição doutrinária, hoje largamente majoritária⁶⁸ e, outrossim, escorada na jurisprudência internacional⁶⁹, segundo a qual não é elemento do tipo subjetivo dos crimes contra a humanidade em geral a existência de um *animus* particular consubstanciado numa intenção discriminatória.

Sem mais delongas, voltemos o olhar para o *actus reus* requerido.

2. 2. 2 O elemento objetivo – a questão da política discriminatória

Os crimes contra a humanidade exigem para a sua comissão, para além da realização típica de uma infração subjacente (como o homicídio, a perseguição ou o *apartheid*), o preenchimento adicional de elementos contextuais.

Primo, o ato deve ter conexão com um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil (art. 7.º ERTPI). Existe, por conseguinte, a necessidade de estabelecer-se um grau mínimo de ligação entre o comportamento do agente e o ataque que lhe serve de plano de fundo, de modo que não se tomem por tipicamente relevantes ações ou omissões isoladas e aleatórias⁷⁰. O essencial, com efeito, é que a conduta não se mostre alheia ao seu contexto, ainda que não se assemelhe necessariamente à generalidade das infrações praticadas – por exemplo, se se tratar de um crime de escravidão num quadro de prática massiva de homicídios⁷¹.

O ataque em questão, repise-se, há de ser obrigatoriamente generalizado ou sistemático. Se o primeiro desses requisitos alternativos se reconduz a um aspeto quantitativo-espacial, o segundo assume um valor qualitativo-temporal⁷². O TPI, no

⁶⁸ Assim, *ex multis*: Maria Leonor E. de Campos ASSUNÇÃO, «Apontamento»..., *cit.*, p. 95. Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, *cit.*, pp. 169-171. Robert CRYER/ Darryl ROBINSON/ Sergey VASILIEV, *An Introduction...*, *cit.*, p. 232. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, *cit.*, p. 393. Kai AMBOS, «Article 7-Chapeau»...*cit.*, p. 168. Helmut SATZGER, *Internationales...*, *cit.*, p. 432. *Vide* também, reconhecendo o “abandono progressivo de um critério discriminatório”: Rafaëlle MAISON, *Justice pénale internationale*, Presses Universitaires de France, Paris, 2017, p. 157.

⁶⁹ ICTY (AC), Prosecutor v. Duško Tadić, Judgement, 15.7.1999, §§ 281-305. ICTR (AC), The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T, 1.6.2001, §§ 464-465.

⁷⁰ Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *El crimen...*, *cit.*, pp. 187-188. William SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2. ed., 2016, pp. 166-167. Florence BELLIVIER/ Marina EUDES/ Isabelle FOUCHARD, *Droit des crimes...*, *cit.*, pp. 131-132. Kai AMBOS, «Article 7-Chapeau»...*cit.*, pp.156-157.

⁷¹ *Vide*: Robert CRYER/ Darryl ROBINSON/ Sergey VASILIEV, *An Introduction...*, *cit.*, p. 241. Kai AMBOS, «Article 7-Chapeau»...*cit.*, p.157.

⁷² Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, *cit.*, pp. 133-134. Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *El crimen...*, *cit.*, pp. 189-190. Florence BELLIVIER/ Marina EUDES/ Isabelle FOUCHARD, *Droit des crimes...*, *cit.*, p. 134. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, *cit.*, pp. 385-386. Enrico AMATI/ Elena

tocante a este, busca principalmente averiguar a ocorrência de “uma série de ações repetidas visando produzir sempre os mesmos efeitos”⁷³, de modo que se estabeleça a improbabilidade da sua accidentalidade e o seu cariz organizado; já no que concerne àquele, inquire sobre a sua magnitude em termos de escala e de número de vítimas⁷⁴. Em abono da verdade, não se negará que todo ataque comunga, em maior ou menor intensidade, de dimensões dessas duas características⁷⁵.

Ademais, é preciso ter por alvo uma qualquer população civil. Não se demanda, todavia, que tal seja o seu objeto primário ou prevalecente⁷⁶, tampouco que não estejam presentes entre as vítimas integrantes de forças militares hostis⁷⁷. A teleologia da norma tipificadora liga-se à defesa dos direitos mais fundamentais dos cidadãos de todos os países, e, outrossim, dos apátridas, contra atrocidades perpetradas por quaisquer entidades (mesmo pelas autoridades do seu próprio Estado), não se limitando hoje a uma tutela acessória em relação às infrações do direito humanitário; mas fornecendo um *ultimum remedium* a serviço do direito internacional dos direitos humanos⁷⁸.

Consequentemente, impõe-se conferir ao critério uma interpretação não restritiva, garantindo-se em tempo de hostilidades a proteção ampla de indivíduos *hors de combat*

MACULAN, «I crimini contro l’umanità» in *Introduzione...*, cit., p. 379. Alicia GIL GIL, «Artigo 7.º», in *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma* (Sylvia Helena STEINER/ Leonardo Nemer Caldeira BRANT coords.), D’Plácido, Belo Horizonte, São Paulo, 2. ed., 2020, pp. 236-237. Helmut SATZGER, *Internationales...*, cit., pp. 430-431.

⁷³ ICC (TC VI), Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgement, ICC-01/04-02/06, 8.7.2019, §693.

⁷⁴ ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trail Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, §§2681-2682. Similarmente: ICC (PTC II), Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on te Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, 31.3.2010, §§95-96. Vide também a vasta jurisprudência citada em ambas decisões.

⁷⁵ Robert CRYER/ Darryl ROBINSON/ Sergey VASILIEV, *An Introduction...*, cit., p. 232. Kai AMBOS, «Article 7-Chapeau»...cit., p.254. Nesse sentido: ICC (PTC I), Prosecutor v. Laurent Gbabo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbabo, ICC-02/11-01/11, 12.6.2014, §208.

⁷⁶ Assim: ICC (AC), Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgement on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled Judgement, ICC-01/04-02/06, 30.3.2021, §§419-424. Na doutrina: Chile, EBOE-OSUJI, *Crimes Against Humanity: Directing Attacks Against A Civilian Population*, AJLS, Vol. 2, N. 2, 2008, (disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/ajls2&id=127&men_tab=src_results, consultado pela última vez em 01 de maio de 2022), pp. 122-129. Contra: Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., p. 381. Enrico AMATI/ Elena MACULAN, «I crimini contro l’umanità»... cit., p. 377. Kai AMBOS, «Article 7-Chapeau»...cit., p. 163.

⁷⁷ ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trail Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, §§2675.

⁷⁸ Vide: Kai AMBOS/ Steffen WIRTH, *The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000, CLF*, Vol. 13, Vancouver, 2002, p. 24. Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 51-52. Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La interpretación del término “población civil” como elemento del tipo en el crimen contra la humanidad*, RP, n.º 40, Valencia, 2017, p. 180.

– enfermos, feridos e prisioneiros de guerra⁷⁹ – e também de combatentes, se incapazes de se salvaguardarem efetivamente de um autoataque do seu próprio Estado ou organização, e, em período de paz, de todas as pessoas, mesmo soldados e agentes de polícia⁸⁰. Sem embargo, admitir que os crimes contra a humanidade, *maxime* as perseguições – que não correspondem a nenhuma infração tipificada como crime de guerra –, possam ser cometidos no quadro de um ataque dirigido contra uma força armada inimiga iria, a nosso ver, de encontro ao princípio da legalidade penal (art. 22.º ERTPI)⁸¹, posto que partilhemos a opinião de que, no nível do direito consuetudinário, se permite aos *persecution type crimes* ter como contexto uma linha de conduta dirigida em exclusivo contra uma população não civil⁸².

Frise-se, por fim, que o ataque não necessita de ter natureza militar ou violenta. Assim, não se deve confundir o “ataque” relevante para efeitos do art 7.º do Estatuto com o “ataque” de cariz bélico atinente ao art 8.º, uma vez que aquele não significa mais que uma série ou uma sequência global de atos previstos no tipo dos crimes contra a humanidade⁸³. Será bastante, por exemplo, a edificação de um regime legal de perseguição de um grupo rácico para a verificação do elemento contextual⁸⁴.

Secundo, a operação ou campanha contra a população civil há de constituir um instrumento de prossecução de uma política discriminatória *latissimo sensu* de um Estado ou de uma organização. Nesse sentido, os maus tratos a que são sujeitas as vítimas de crimes contra a humanidade obedecem ao desígnio de um ente organizado de

⁷⁹ Demonstrando preocupação com a categoria particularmente vulnerável dos prisioneiros de guerra: Elies van SLIEDREGT, «Internationale»..., *cit.*, p. 520. Robert CRYER/ Darryl ROBINSON/ Sergey VASILIEV, *An Introduction*..., *cit.*, p. 240.

⁸⁰ Kai AMBOS, «Article 7-Chapeau»...*cit.*, p. 165. Em termos similares, e enfatizando que o relevante não é o *status* dos indivíduos vitimados, mas sim o seu real papel durante a comissão dos *delicta*: Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles*..., *cit.*, pp. 381-383.

⁸¹ Inclinando-se, porém, para esse entendimento: Antonio CASSESE, *Cassese's International*..., *cit.*, pp. 102, 106-107. Rosario Salvatore AITALA, *Diritto*..., *cit.*, pp. 150-151.

⁸² Sobre o objeto alargado de proteção das infrações persecutórias: Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade*..., *cit.*, pp. 346-347. *Vide* também, discorrendo sobre a possibilidade de se considerarem como delitos de lesa-humanidade atos praticados contra militares se integrados num sistema de perseguição: Special Court of Cassation (Netherlands), *In re Piltz*, Judgement, 5.7.1950, sumariado in *International Law Reports*, Vol. 17, pp. 391-392. Outrossim, enxergando as perseguições de combatentes da Resistência Francesa como crimes contra a humanidade: Cour de Cassation, Chambre Criminelle (France), *Barbie*, 20.12.1985. Cour de Cassation, Chambre Criminelle (France), *Touvier*, 13.4.1992.

⁸³ ICC (TC III), Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08, 21.3.2016, §§149-151. ICC (TC VI), Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgement, ICC-01/04-02/06, 8.7.2019, §§662-663. ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trail Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, §§2674.

⁸⁴ Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *El crimen*..., *cit.*, p. 186. Rosario Salvatore AITALA, *Diritto*..., *cit.*, p. 148. Hugo RELVA, «Crímenes»..., *cit.*, p. 132.

perverter a saudável relação entre regentes e regidos pela ofensa aos direitos humanos mais básicos dos indivíduos submetidos à sua autoridade e a quem é exigível defender⁸⁵.

Conquanto a ação em causa use ter por opífices as autoridades estatais, não se exclui que atores desligados do Estado possam estar na sua gênese. Dessa maneira, determinados grupos, desde que reúnam algumas marcas características dos Estados, como sejam a permanência, a hierarquização e a capacidade de impor suas decisões aos seus membros de sancioná-los, a possibilidade de efetuar um ataque em larga escala contra uma população civil e a persecução de propósitos comuns⁸⁶, não de ser considerados como “organizações” para efeitos do art. 7.º. Será mesmo o caso de algumas tribos africanas tradicionais, contanto que apresentem qualidades similares às estatais⁸⁷. O fundamental é que a coletividade exerça um efetivo controlo territorial ou populacional e que esteja apta a executar, seja de modo ativo, seja por simples tolerância⁸⁸, uma política própria de atrocidades generalizadas ou sistemáticas contra uma população civil⁸⁹.

Uma interpretação mais extensiva desse conceito, que não requeira mais que a existência das estruturas ou dos mecanismos necessários para coordenar um ataque contra a população civil⁹⁰, ou que exija tão só a probabilidade de impunidade perante as

⁸⁵ Por conseguinte, os crimes contra a humanidade afiguram-se como “crimes políticos”: David LUBAN, *A Theory of crimes against humanity*, *YJIL*, Vol. 29, Yale, 2004, p. 117 e *passim*.

⁸⁶ ICC (PTC II), Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on te Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, ICC-01/09-19-Corr, 31.3.2010, §§51-52. Claus KRESS, *On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision*, *LJIL*, Vol. 23, Leiden, 2010, *passim*. William SCHABAS, *The International...*, *cit.*, pp. 157-158. Helmut SATZGER, *Internationales...*, *cit.*, p. 430.

⁸⁷ (PTC II), Proscutor v. Ruto *et al.*, Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul to Pre-Trial Chamber II’s “Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/11-2, 15.3.2011, §48 (mas concluindo que no caso *sub iudice* a aliança temporária de membros de uma tribo predispostos à violência não formava uma organização). *Vide* ainda: Johan D. van der VYVER, *International Criminal Law*, Volume II, Lambert Academic Publishing, Worclaw, 2021, p. 83.

⁸⁸ Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, *cit.*, pp. 144-146. Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *El crimen...*, *cit.*, pp 201-203. Carlos Eduardo Adriano JAPIASSÚ, *Direito penal...*, *cit.*, p. 138. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, *cit.*, p. 392.

⁸⁹ Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, *cit.*, pp. 314, 330. Cherif BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity. Historical...*, *cit.*, p. 47. Similarmente, alertando para a necessidade de a organização exercer alguma forma de poder político: Alicia GIL GIL, «Artigo 7.º»..., *cit.*, p. 240.

⁹⁰ Assim: ICC (TC III), Prosecutor v. Germain Katanga, Judgement pursuant to article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07, 7.3.2014, §1119. ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trail Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, §2677. *Vide* também: Roger O’KEEFE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 144. Robert CRYER/ Darryl ROBINSON/ Sergey VASILIEV, *An*

jurisdições nacionais⁹¹, não deve ser acolhida. Em que pese a uma defesa concebivelmente mais ampla dos direitos humanos⁹², importa não olvidar que os crimes contra a humanidade sempre se encontram inseridos numa certa ordem política, o que leva a que o nexó entre o comportamento do agente e a lesão sentida pela vítima não se equivalha ao comumente existente no direito penal nacional ou transnacional. É a intervenção de uma entidade com poderes de autoridade (o Estado ou uma organização afim), com efeito, que agrava e maximiza a conduta do perpetrador individual⁹³.

O elemento político, refira-se ainda, caracteriza-se por sua dimensão persecutória-discriminatória em sentido amplo. Nesse sentido, a seleção da coletividade a ser submetida a sevícias baseia-se na intenção ilícita de negar-lhe implícita ou explicitamente o nível de proteção assegurado aos demais indivíduos no plano do direito penal. Esse resultado pode ser alcançado quer pela edição de leis discriminatórias, quer pelo entravamento do acesso à justiça por parte de integrantes do grupo vítimas de infrações⁹⁴.

A consagração desse requisito no Estatuto de Roma não foi expressa, mas argumentos de ordem gramatical, teleológica e histórica evidenciam a realidade do seu acolhimento. Com efeito, o artigo 7.º/2/a) esclarece que a política relevante necessita de ter em vista o cometimento de um ataque contra a população civil (“*State or organizational policy to commit such attack*”) (“*politique d’un État ou d’une organization ayant pour but une telle attaque*”), pelo que a finalidade se completa com o próprio visar dessa população; mas não – ou não somente – com a prossecução de objetivos de ordem militar ou

Introduction..., cit., p. 238. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., pp. 389-391. Rosario Salvatore AITALA, *Diritto...*, cit., p. 148.

⁹¹ Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La interpretación...*, cit., p. 175.

⁹² Enrico AMATI/ Elena MACULAN, «I crimini contro l’umanità»..., cit., p. 384. Kai AMBOS, «Article 7-‘Attack’», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.)..., cit., p. 263.

⁹³ Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l’humanité et de l’appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n.º 10 du Conseil de Contrôle Allié*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960, pp. 255-256.

⁹⁴ Cherif BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2. revised ed., 1999, pp. 259-263. Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 318-321. Yann JUROVICS, «Article 7», in *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article* (Julian FERNANDEZ, Xavier PACREAU, Muriel ÚBEDA-SAILLARD dir.), Tome I, Éditions Pedone, Paris, 2 ed., 2019, p. 596. Todavia, não mencionando explicitamente o elemento discriminatório: Cherif BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity. Historical...*, cit., p. 21. Já anteriormente, considerando o não acolhimento desse requisito pelo Estatuto do TPIJ: Cherif BASSIOUNI/ Peter MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson/ New York, 1996, p. 548.

económica⁹⁵. Por outro lado, o conteúdo dos crimes contra a humanidade ficaria diluído se se dispensasse essa exigência, dificultando a distinção entre esses *crimes under international law* e manifestações de violência cega ou aleatória⁹⁶. Ainda por outro lado, a séria discussão, durante os trabalhos preparatórios, sobre a explicitação de um elemento discriminatório para o ataque não deve ser esquecida, posto que as delegações que a propunham tenham ficado vencidas, substancialmente por receio de uma dificuldade excessiva das tarefas da Acusação e, ademais, da exclusão de importantes crimes contra a humanidade⁹⁷.

Não se há, contudo, de confundir o tipo penal persecutório com a referida política de discriminação-perseguição. Fazê-lo seria relegar a infração prevista nos artigos 7.º/1/h) e 7.º/2/g) do texto estatutário a uma posição residual que ela não ocupa, tornando, outrossim, redundante a previsão da categoria de “outros atos desumanos” (art. 7.º/1/k) ERTPI)⁹⁸. Ao passo que existe uma limitação das bases possíveis para a perseguição *stricto sensu* (uma consequência do princípio *nullum crimen sine lege*), o programa discriminatório do Estado ou da organização pode dirigir-se a quaisquer grupos com ou sem existência objetiva, mesmo àqueles não explicitamente mencionados pelas fontes de direito internacional dos direitos humanos. O relevante é garantir uma tutela efetiva das vítimas, independentemente do seu número ou da sua categorização⁹⁹. Portanto, não se excluirá *exempli gratia* do âmbito de relevância típica dos crimes contra a humanidade uma ação estatal voltada contra pessoas suspeitas de consumo ou de venda de estupefacientes num contexto de “guerra às drogas”¹⁰⁰.

Em síntese, o reconhecimento do elemento discriminatório não deverá ter outro efeito que a desconsideração de condutas difusas e aleatórias que atinjam de modo fortuito uma população civil.

⁹⁵ Yann JUROVICS, *Réflexions...*, cit., pp. 202-209.

⁹⁶ Assim: *Ibidem*, p. 197.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 206-207. Vide também: Herman von HEBEL/ Darryl ROBINSON, «Crimes within the Jurisdiction of the Court», in *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations and results* (Roy S. K. LEE), Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 93-94.

⁹⁸ Margaret McAuliffe DEGUZMAN, *The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity*, HRQ, Vol. 22, Baltimore 2000, p. 368.

⁹⁹ Cherif BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International...*, cit., p. 260. Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., p. 318. Vide também, acentuando a desnecessidade da prova de características particulares do grupo para além da sua condição de população civil: Ilias BANTEKAS/ Lutz OETTE, *International Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 3. ed., 2020, p. 780.

¹⁰⁰ ICC (PTC I), Situation in the Republic of the Philippines, Decision on the Prosecutor’s request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15 (3) of the Statute, ICC-01/21, 15.9.2021, §§93-101.

Atendendo ao arrazoado sobre a ausência de uma intenção específica exigida aos agentes individuais, por um lado, e acerca da natureza anti-igualitária do ataque, por outro, é tempo de indagarmos sobre a função tuitiva da categoria criminal, *scilicet*, sobre o concreto bem jurídico que se visa escudar.

2. 2. 1 O bem jurídico a proteger – a igualdade de todos os seres humanos?

A construção de um tipo incriminador – seja no plano interno dos Estados, seja no plano internacional – serve necessariamente à tutela de *ultima ratio* de fragmentos da realidade a que se reconhece, porque tradutores de valores essenciais para a sustentação da comunidade em si, verdadeira densidade axiológica¹⁰¹.

Posto que a identificação precisa do bem jurídico-penal tutelado divida até hoje a doutrina, resulta do até agora exposto que os crimes contra a humanidade não têm em geral uma função tuitiva da igualdade¹⁰². De uma banda, é tipicamente irrelevante que os perpetradores de infrações de lesa-humanidade ajam com um *animus* discriminatório, e, de outra, a extrema amplitude que se há de reconhecer ao referido elemento político dos crimes não abona em favor dessa conclusão. Na verdade, o direito internacional não se propõe resguardar do mesmo modo todas as dimensões da igualdade. Elege, no entanto, certas categorias tidas como mais carecidas de proteção para impor o dever de não discriminação¹⁰³, exigindo, numa hipótese de incumprimento particularmente hediondo, sanções de cariz penal aos infratores.

¹⁰¹ Vide: José Francisco de FARIA COSTA, *Direito Penal...*, cit., p. 22. Para diferentes visões sobre o bem jurídico-penal, *ex multis*: Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., p. 259 (“valores espirituais da ordem social sobre que repousam a segurança, o bem-estar e a dignidade da existência no seio da comunidade”). Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal...*, cit., p. 130 (“a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso mesmo juridicamente reconhecido como valioso”). Claus ROXIN/ Luís GRECO, *Strafrecht...*, cit., p. 26 (“todas as circunstâncias dadas ou finalidades que são necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal alicerçado nesses objetivos”).

¹⁰² Similarmente, concluindo pela impossibilidade de ser esse o escopo protetor dos crimes contra a humanidade: Gisela MANSKE, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit. Zu einem zentralen Begriff der internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, pp. 319-323.

¹⁰³ Sobre as categorias tuteladas pelo direito internacional dos direitos humanos, em que se incluem grupos explicitamente mencionados nas convenções internacionais e outros de natureza equiparável: William A. SCHABAS, *The Customary...*, cit., pp. 169-178. Tomando como de partida o Pacto Internacional Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, e mais aprofundadamente: William A.

Com efeito, acercamo-nos da posição maioritária segundo a qual o tipo complexo dos crimes contra a humanidade tutela, para além dos bens jurídicos individuais escudados pelas suas diferentes infrações subjacentes, um bem jurídico supraindividual identificado com a humanidade, *scilicet*, com a vertente coletiva da dignidade humana¹⁰⁴. A malgrado das válidas e importantes reservas à admissão da dignidade humana como objeto de defesa penal – consideradoras quer da sua falta de concreção, quer da sua condição de limite absoluto da intervenção do poder público¹⁰⁵ – (que colhem, em linhas gerais, o nosso acordo), não julgamos que obstem inexoravelmente ao reconhecimento de uma sua dimensão específica, consubstanciada na dignidade pertinente à própria comunidade internacional e que é ofendida pela severa reificação de indivíduos no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, como tal. A vagueza do conceito há de ser sopesada com a circunstância de os *delicta* subjacentes defenderem bens jurídicos mais facilmente concretizáveis, como sejam a vida ou a liberdade. Certo é que, como pontifica Aires de Sousa¹⁰⁶, a tarefa dogmática da sua definição permanece – ainda hoje – inacabada.

SCHABAS, *U. N. International Covenant on Civil and Political Rights. Nowak's CCPR Commentary*, N. P. Engel, Kehl, 3. ed., 2019, pp. 751-790.

¹⁰⁴ Gustav RADBRUCH, Gustav, *Zur Diskussion über das Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, SJZ, Heidelberg, 1947, pp. 131-133. Ernst-Joachim LAMPE, «Verbrechen gegen die Menschlichkeit», in *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag* (Hans Joachim HIRSCH/ Jürgen WOLTER/ Uwe BRAUNS Hrsg.), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2003, pp.153-157. Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, cit., pp. 122-125. Susana Aires de SOUSA, *Sobre o bem jurídico-penal...*, cit., pp. 633-637. Sabine GLESS, *Internationales Strafrecht. Grundriss für Studium und Praxis*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 3. Auflage, 2021, p. 336. Helmut SATZGER, *Internationales...*, cit., p. 429. A relevância para o direito internacional penal da dimensão coletiva da dignidade humana explica-se não só pelo seu valor inerente, mas também pela sua incidência na paz e na segurança internacionais e no bem-estar do mundo, os quais são objeto de tutela por parte da generalidade dos crimes internacionais *proprio sensu*: Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, cit., pp. 117-120, 122. Christoph SAFFERLING, *Internationales Strafrecht...*, cit., p. 184. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., p. 225. Kai AMBOS, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, C. H. Beck, München, 5. Auflage, 2018. p. 263. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., p. 379. Enrico AMATI/ Elena MACULAN, «I crimini contro l'umanità»..., cit., p. 375. Kai AMBOS, «Article 7-Chapeau»...cit., p. 146. Defendendo que o objeto de proteção é, ao revés, a comunidade internacional: Maria João ANTUNES, «Nótula antes do art. 236.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo II* (Jorge de Figueiredo DIAS dir.), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 559. Recusam alguns Autores a própria noção de que os crimes contra a humanidade salvaguardem bens jurídicos que não sejam individuais: Maria Leonor E. de Campos ASSUNÇÃO, «Apontamento»..., cit., pp. 99-101. Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La interpretación...*, cit., pp. 177-185. Mário Ferreira MONTE, «Crimes contra a Humanidade»..., cit., pp.139-140. Alicia GIL GIL, «Artigo 7.º»..., cit., pp. 232-233. Crítica dessas duas últimas posições: Susana Aires de SOUSA, *Sobre o bem jurídico-penal...*, cit., pp. 630-632.

¹⁰⁵ Jorge de Figueiredo DIAS/ Maria João ANTUNES, «Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato», in *Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro* (Tribunal Constitucional), Almedina, Coimbra, 2019, p. 122. Vide também: Claus ROXIN/ Luís GRECO, *Strafrecht...*, cit., pp. 34-36.

¹⁰⁶ Susana Aires de SOUSA, *Sobre o bem jurídico-penal...*, cit., p. 635.

Em resumo, a defesa da igualdade de todos e de cada um dos seres humanos não constitui a *ratio* específica dos crimes contra a humanidade. No entanto, o direito internacional penal não deixa desprotegido esse bem jurídico, na medida em que prevê – desde a sua hora primeva – a incriminação das perseguições de ordem política, nacional, étnica, racial e religiosa.

Ora, vejamos:

3. A perseguição de grupos ou de coletividades no Estatuto de Roma

Trataremos neste capítulo do crime contra a humanidade de perseguição de grupos ou de coletividades, dando merecido destaque à tipificação plasmada no Estatuto de Roma, da qual é muito devedora a formulação utilizada no Projeto de Artigos de 2019 da CDI. Após um breve olhar para o percurso histórico dessa infração, serão estudados os seus tipos subjetivo e objetivo. Procuremos evidenciar determinadas aporias que acompanham o emprego da figura da perseguição pela jurisprudência judicial, não olvidando os desenvolvimentos mais recentes verificados nas primeiras condenações emanadas do Tribunal Penal Internacional em sede de julgamento de indivíduos acusados da prática de atos persecutórios – designadamente, os casos *Ntaganda* e *Ongwen* –. Por fim, dedicaremos algumas linhas para as questões do requisito de ligação da conduta persecutória com outro um ato desumano.

3.1 Os traços históricos da tipificação

Existe, e a História demonstra-o, desde os massacres de cristãos no Império Romano até ao genocídio ruandês, passando pelas Cruzadas e pela Shoah, uma “tendência imemorial para a perseguição”¹⁰⁷. Trata-se no essencial da predação¹⁰⁸ de um grupo

¹⁰⁷ René GIRARD, *Le Bouc émissaire*, Éditions Grasset & Fasquelle, Paris, 1982, p. 35.

¹⁰⁸ O vocábulo “perseguição” advém etimologicamente do verbo latino *persequor, persequeris, persequi, persecutus sum* e implica vulgarmente a ação de ir atrás de algo ou de alguém para alcançá-lo. Não comporta, portanto, nessa aceção um sentido necessariamente malicioso. Com efeito, a perseguição inicialmente adentra o mundo jurídico não como um tipo penal, mas sim como um instrumento de direito

humano pela *turba*, no seu sentido latino mais original de multidão¹⁰⁹ agitada e (pensamos não exagerar na formulação) *bestializada*¹¹⁰, com o fito de nele causar grandes flagelos – de modo a apartá-lo da sociedade humana em que se insere – na medida em que a sua mera existência no seio social é vista como um miasma intolerável¹¹¹. Desde a hora primeira em que a comunidade internacional concebeu a categoria de crimes contra a humanidade, as perseguições estiveram incluídas, como testemunha a alínea c) do artigo 6.º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga (TMIN):

“Crimes contra a humanidade, designadamente homicídio, extermínio, escravidão, deportação, e outros atos desumanos cometidos contra toda e qualquer população civil, antes ou no decurso da guerra, ou *perseguições nos campos político, racial ou religioso*, em execução ou em ligação com qualquer dos crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal, quer tenham sido ou não praticados em violação do direito interno do Estado onde são perpetrados¹¹².” (Itálicos nossos.)

Ainda antes do Acordo de Londres, contudo, a comunidade internacional já havia voltado a sua atenção para o fenómeno persecutório moderno. As atrocidades cometidas em razão do ódio étnico, religioso ou político vinham mostrando-se cada vez mais agudas e sangrentas, e os horríveis eventos ocorridos no Império Otomano conducentes à mortandade de mais de um milhão de arménios em poucas décadas¹¹³ inspiraram o firme repúdio das potências europeias¹¹⁴. Quando da Convenção de Paris de 1919, o

adjetivo. A *persecutio* no direito romano consubstanciava o meio especializado para a instauração da *cognitio extra ordinem* e, tendo em conta a sua utilização nos processos criminais contra os primeiros cristãos em Roma, adquiriu o sentido negativo que ainda hoje conserva. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution como crimen contra la humanidad*, Publicaciones i Ediciones de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011, pp. 37-57. Sobre o processo extraordinário no direito romano: A. Santos JUSTO, *Direito Privado Romano*, Vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 5. ed., 2011, pp. 388-421. Em relação à perseguição religiosa no mundo antigo, é adequado lembrar as fortes palavras de Agostinho de Hipona: “quasi [...] uastet quisquam persequendo alium grauius, quam cor suum uastat inimicando” – “como se alguém, perseguindo, atormentasse o outro mais gravemente do que atormenta, por ter inimizade, o seu coração” (tradução de nossa responsabilidade): AUGUSTINI, *Confessiones – Post Editionem Parisiensem Novissimam. Ad Fidem Codicum Oxoniensium Recognitae* (M. DUBOIS/ E. B. PUSEY eds.), J. H. Parker/ J. G. et F. Rivinton, Oxonii, 1838, 1, XVIII (disponível em <https://archive.org/details/a545544600auguuoft/page/2/mode/2up>, consultado pela última vez em 01 de maio de 2022).

¹⁰⁹ Posto que se posam reputar juridicamente ações persecutórias ao indivíduo isolado, ou ao autor independente, a perseguição é, no seu sentido mais puro, um fenómeno coletivo.

¹¹⁰ Eugène ARONEANU, *Le crime...*, cit., pp. 249-250.

¹¹¹ René GIRARD, *Le Bouc...*, cit., pp. 25-26.

¹¹² Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., p. 29.

¹¹³ Vahakn N. DADRIAN, *Genocide...*, cit., p. 223

¹¹⁴ Recordemos a célebre declaração conjunta dos Estados francês, britânico e russo (1915), a qual já foi por nós referida *supra*.

Presidente Woodrow Wilson dos Estados Unidos da América defendeu, ainda que sem sucesso, a menção expressa das perseguições no campo religioso no Pacto da Sociedade das Nações e advogou que a organização (em rigor, o seu Conselho Executivo) interviesse em defesa dos membros de determinada crença ou religião sempre que a paz internacional fosse colocada em risco¹¹⁵.

Ao lado do direito de Nuremberga sobre a perseguição, refletido nesse ponto na LCC n.º 10, posto que sem o requisito de conexão com outros crimes, e na Carta de Tóquio, conquanto com a restrição da figura aos campos da discriminação política ou racial¹¹⁶, os trabalhos da CDI não ignoraram o tema¹¹⁷. *À vol d’oiseau*, importa referir que o projeto de artigos de 1954 trouxe importantes inovações, designadamente a inclusão da perseguição por motivos culturais e sociais e a desnecessidade de ligação com um conflito armado¹¹⁸. Por ocasião do projeto de 1991, a CDI apresentou de modo pioneiro uma definição possível do crime:

“A perseguição [...] refere-se a violações dos direitos humanos diversas das cobertas pelos parágrafos precedentes cometidas de uma maneira sistemática ou numa escala massiva por funcionários do Estado ou por grupos que exercem dum poder de facto sobre determinado território e visa a submeter indivíduos ou grupos de indivíduos a uma vida na qual o gozo de alguns dos seus direitos fundamentais é repetida ou constantemente negado. A perseguição pode adotar muitas formas, por exemplo, a proibição de praticar certos modos de culto religioso; a prolongada e sistemática detenção de indivíduos representativos de um particular grupo social, religioso, cultural ou outro¹¹⁹.”

Percebe-se, com efeito, que o perseguidor tem um *intento preciso*, que a Comissão de Direito Internacional identificou como sendo a colocação de um indivíduo, ou de vários indivíduos, numa situação de vida marcada pela vulnerabilidade e pela exclusão, em

¹¹⁵ Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., pp. 86-92.

¹¹⁶ Helen BRADY/ Ryan LISS, «The Evolution of Persecution as a Crime Against Humanity», in *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3* (Morten BERGSAMO, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying, YI Ping eds.), Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015, pp. 458-459. Disponível em <https://www.toaep.org/ps-pdf/22-bergsamo-cheah-song-yi> (consultado pela última vez em 01 de maio de 2022).

¹¹⁷ Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., pp. 130-158. Também: Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *El desarrollo del crimen de persecución en el ámbito del crimen contra la humanidad y su reformulación en el artículo 607 del Código Penal español – una propuesta alternativa*, não publicado (versão prévia e ampliada da tese de doutoramento apresentada à Universidad Complutense de Madrid em 2007), sem data, pp. 150-174. Trata-se de texto fornecido pelo Autor, ao qual estamos encarecidamente penhorados.

¹¹⁸ ILC, *Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind*, 1954. Vide: Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 92-93.

¹¹⁹ Vide: ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, part Two, 1991, p. 104.

que persiste no tempo a impossibilidade de gozo de alguns dos seus direitos humanos fundamentais.

O Estatuto de Roma definiu a perseguição mais extensamente, indo, dessarte, como veremos *infra*, além do próprio direito costumeiro¹²⁰. Com efeito, à luz do artigo 7.º/1/h), constitui crime contra a Humanidade, quando cometida no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

“Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, tal como definido no n.º 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste número ou com qualquer crime da competência do Tribunal.”

O referido número 3 indica, por sua vez, que:

“Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo “sexo” abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.”

A definição é completada pelo artigo 7.º/2/g), o qual explana que:

“Por “perseguição” entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa.”

Por fim, os Elementos dos Crimes, trazem a seguinte formulação:

“1. O agente privou severamente, de modo contrário ao direito internacional, uma ou mais pessoas de seus direitos fundamentais.

2. O agente dirigiu a sua conduta contra essa pessoa ou contra essas pessoas em razão da identidade de um grupo ou de uma coletividade ou contra o grupo ou a coletividade enquanto tais.

3. A conduta foi dirigida contra essas pessoas por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religioso ou de sexo tal como definido no número 3 do artigo 7.º do Estatuto, ou por motivos que são universalmente reconhecidos como inaceitáveis pelo direito internacional.

4. A conduta foi cometida com relação com qualquer ato referido no número 1 do artigo 7.º do Estatuto ou com qualquer crime da competência do Tribunal.

¹²⁰ Antonio CASSESE, *Cassese's International...*, cit., p. 108.

5. A conduta foi cometida como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil.

6. O agente sabia que a conduta era parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil ou tenha tido a intenção de que a conduta fosse parte de um ataque desse tipo.”

Será essa a *última palavra* sobre o crime persecutório? Não nos parece. Por um lado, reconhecemos a valia dessa definição para efeitos da segurança jurídica e do respeito do *nullum crimen sine lege*, ainda mais virtuosa à luz da sua reprodução (mais ou menos fiel) por diversos Estados¹²¹ – inclusivamente o português –¹²² nos seus ordenamentos internos e, mais recentemente, pela CDI. Por outro lado, contudo, o objetivo da sua tipificação não é a cristalização atemporal de um direito dado do exterior. O costume tem no crime persecutório grande relevância, principalmente graças a algumas aporias da sua definição estatutária e da necessidade sentida de identificar com clareza os aspetos constratantes dessa infração por referência aos demais *crimes under international*. Nesse sentido, a doutrina tem apresentado entendimentos próprios do que seja esse *delictum*.

Para Eugène Aroneanu, a perseguição identifica-se com:

¹²¹ Consoante referimos *supra*, há atualmente 123 Partes do Estatuto de Roma. O número mínimo de ratificações exigidas para a sua entrada em vigor – sessenta, segundo o art. 126.º ERTPI – foi ultrapassado passados menos de quatro anos da sua aprovação em Roma. Muitas mais seguiram-se. Não obstante, recentemente, a resistência ao TPI acentuou-se de tal modo que já alguns Estados, principalmente em África, anunciaram a intenção de retirar-se da organização, tendo o Burundi, em 2017, e as Filipinas, em 2019, concluído o processo de saída. Secretary-General UN, *Depositary Notification of 28 October 2016, Burundi: Withdrawl* (C.N.805.2016.TREATIES-XVIII.10). 43 Secretary-General UN, *Depositary Notification of 19 March 2018, Philippines: Withdrawl* (C.N.138.2018.TREATIES-XVIII.10). Se é certo que o Tribunal padece de imperfeições, dentre as quais há que se destacar o risco de sua instrumentalização política, deve-se ressaltar que as oposições mais duras ao seu funcionamento partem de Estados que nunca desejaram tornar-se Partes ou de Estados que alteraram a sua posição ao serem objeto, ao menos, de análises preliminares pelo Gabinete do Procurador. Alexandre Teixeira Neto GUERREIRO, *A Resistência dos Estados Africanos à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 34. pp. 36-43. Jónatas E. M. MACHADO, *Direito Internacional...*, cit., p. 478. José Alberto Azeredo LOPES, «O Tribunal Penal Internacional: Política a Mais ou Policy a Menos?», in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* (José Loubo MOUTINHO, Henrique SALINAS, Elsa Vaz de SEQUEIRA, Pedro Garcia MARQUES coords.), Vol. II, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2020, pp. 1257-1265. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., pp. 22, 26-29.

¹²² Assim, *ex multis*, o artigo 9.º da Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário portuguesa (Lei n.º 31/2004). No entanto, há disposições que se afastam do estipulado no ERTPI. Atentemos, por exemplo, à alínea h) dessa lei: “Perseguição, entendida como a privação do gozo de direitos fundamentais, em violação do direito internacional, a um grupo ou colectividade que possa ser identificado por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de sexo ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional”. A lei portuguesa, diversamente do que ocorre no Estatuto de Roma e no direito internacional costumeiro, parece, ao tratar da privação de direitos ao *grupo ou colectividade*, eleger a colectividade como sujeito passivo do crime de perseguição o *grupo ou colectividade*, não relevando os atos persecutórios dirigidos contra vítimas individuais.

“A todos os estádios da sociedade, um crime contra a humanidade consistente num atentado à vida, à liberdade ou aos direitos do homem – e da criança – cometido no exercício da soberania investida para assumir a preservação”¹²³.

A definição doutrinária mais bem aceite hoje, contudo é a de Bassiouni:

“‘Ação ou política estatal’ conduzindo ao infligir num indivíduo de assédio, tormento, opressão ou medidas discriminatórias desenhadas para produzir ou prováveis de produzir sofrimento físico ou mental ou prejuízo económico por causa das convicções, visões ou pertinência da vítima a um certo grupo identificável [...] ou simplesmente porque o perpetrador visou seleccionar uma dada categoria de vítimas por razões particulares ao perpetrador.”¹²⁴

Refira-se, por fim, que a questão mais difícil acerca dessa infração é precisamente a determinação do seu concreto sentido jurídico. Esse deverá ser determinável de modo independente daquelas que são as noções presentes na linguagem corrente; mas importa nunca esquecer a memória histórica das atrocidades do século XX que estiveram na génese do crime.¹²⁵ No final da presente dissertação, proporemos uma definição própria, alicerçada, todavia, no texto e na teleologia do Estatuto de Roma.

3.2 A definição estatutária

Já reproduzido tipo penal da perseguição de grupos ou de coletividades, é mister refletir sobre os seus elementos subjetivo e objetivo. Dessa sorte, buscaremos explicitar as principais aporias que se apresentam ao estudioso das infrações persecutórias. Sublinharemos, em primeiro lugar, a exigência de um *animus persecuendi* próprio desses crimes internacionais *proprio sensu*, o qual ainda hoje divide a doutrina e que raramente é explicitado nos juízos internacionais. Após a sua análise, voltaremos a atenção ao *actus reus* requerido, com especial ênfase para o requisito de gravidade da

¹²³ Eugène ARONEANU, *Le crime...*, cit., p. 262.

¹²⁴ Cherif BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International...*, cit., p. 327. Similarmente: Cherif BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity. Historical...*, cit., p. 396. Vide ainda: Muro BETTATI, «Le crime contre l’humanité»..., cit., p. 121.

¹²⁵ ZAHAR, Alexander ZAHAR/ SLUITER Göran SLUITER, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008, P. 212

privação dos direitos fundamentais da vítima. Esse elemento do tipo objetivo recebe diferentes interpretações na doutrina e nunca foi definido de modo cabal pelo TPI. A nosso ver, é necessário lê-lo restritivamente, e em articulação com a intenção própria das perseguições. Por fim, dedicaremos algumas linhas para o requisito de ligação, retomado pelo Projeto de Artigos da CDI de 2019 e que não se coaduna com o atual estágio de evolução do direito consuetudinário.

3.2.1 *A mens rea*

A perseguição se distingue dos *murder type crimes* precipuamente por causa da exigência de um elemento subjetivo próprio, identificado com a intenção pôr as vítimas à margem do *corpus* social em que se inserem por motivos discriminatórios. A jurisprudência internacional por vezes refere-se a essa *specific intent* como uma forma de *dolus specialis*¹²⁶; no entanto, tal não se afigura acertado. O *animus persecuendi* não integra o dolo do agente; mas corresponde a um elemento subjetivo ultratípico, cuja concretização na realidade objetiva não é requerida para a perfeição do crime.

Assim, ao perseguidor exigem-se a título de *mens rea*, de uma banda, o conhecimento e a vontade de praticar a infração e de produzir as suas consequências (no contexto de um ataque sistemático ou em larga escala lançado em prossecução de uma política estatal ou organizacional – posto que possa ignorar os pormenores desse ataque¹²⁷ –), e, de outra, a referida *intentio* excludente. Portanto, uma conduta qualifica-se como persecutória se e somente se o agente houver atuado em atenção à pertença, ou, no caso de uma *perseguição invertida*¹²⁸ (visando, por exemplo, todos os não servos¹²⁹), à não pertença, da vítima a um certo grupo ou a uma determinada coletividade.

3.2.1.1 A seleção do grupo ou da coletividade

¹²⁶ Assim: ICTY (TC II), Prosecutor v. Milomir Stakić, Judgement, 21.7.2003, §737. ICTY (AC), Prosecutor v. Milomir Stakić, Judgement, 22.3.2006, §328.

¹²⁷ Desse modo: ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, § 2961.

¹²⁸ Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La tipificación...*, cit., pp. 34, 43, 45.

¹²⁹ Vide: ICTY (TC II), Prosecutor v. Duško Tadić, Judgement, 7.5.1997, §714. Court of Bosnia and Herzegovina, Prosecutor v. Bastah & Višković, X-KR-05/122, 5.2.2010, p. 34. ECCC (AC), Prosecutor v. Nuon Chea & Khieu Samphân, 002/19-09-2007-ECCC/SC, 23.11.2016, §678.

Por motivos discriminatórios devem-se entender as razões que levaram à seleção pelo agente de certo conjunto identificável de pessoas como alvo da conduta persecutória¹³⁰. O Estatuto de Roma explicita que podem ser de ordem racial, étnica, nacional, religiosa, sexista ou política ou basearem-se em outros critérios universalmente reconhecidos, no que o acompanhou o novel Projeto de Artigos da CDI.

A terminologia, sem embargo, não é a mais correta, porquanto em sentido rigoroso a motivação pessoal do agente para a prática do crime – a qual pode consistir tanto no ódio discriminatório, como no desejo de vingança ou em interesses económicos, entre tantos – é desprovida de relevância típica¹³¹, conquanto possa influenciar na determinação da pena aplicável. Na verdade, exige-se para o preenchimento do elemento subjetivo do ilícito simplesmente que o perseguidor atue com base na identificação nas vítimas – ou, no caso de uma perseguição invertida, na não identificação – de certas qualidades decorrentes da sua pertinência a um grupo ou a uma coletividade¹³².

3.2.1.1.1 Os motivos ligados à raça, à etnia, à nacionalidade ou à religião

Isso posto, no que toca à perseguição por motivos *raciais*, *étnicos* ou *nacionais*, a destriça entre esses três conceitos apresenta especiais dificuldades. À luz da inexistência de uma definição precisa (ou científica) de raça, importa especialmente o seu tratamento pelos tribunais internacionais¹³³. Dessarte, o TPIR, no caso *Akayesu*, enfatizou que respeitava a características físicas hereditárias usualmente identificadas com uma região geográfica, desatendendo a fatores culturais, nacionais ou religiosos¹³⁴. Uma interpretação menos restrita, que considere englobadas a raça, a cor, a ascendência

¹³⁰ Andreana ESPOSITO / Gianluca GENTILE/ Maria Teresa TRAPASSO, «I crimini contro l'umanità», in *La Corte Penale Internazionale: organi, competenze, reati, processo* (Giorgio LATTANZI/ Vito MONETTI coords.), Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 708.

¹³¹ Johan D. van der VYVER, *International...*, cit., pp. 151-152. Vide ainda: ICTY (AC), Prosecutor v. Miroslav Kvočka *et al.*, 28.2.2005, Judgement, 15.7.1999 §463. CPI (Chambre Préliminaire I), Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, 13.11.2019, §671.

¹³² Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La tipificación...*, cit., p. 43.

¹³³ Guénaél METTRAUX, *International Crimes: Law and Practice: Volume II: Crimes Against Humanity*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 596.

¹³⁴ ICTR (TC I), The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T, 2.9.1998, §§514, 583.

e a origem nacional ou étnica, na linha da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial¹³⁵, contradiria, dada a sua falta de concreção, as exigências do princípio da legalidade¹³⁶. Bastante similar à raça, a etnia aponta para as experiências comuns e para os laços socioculturais distintivos de uma coletividade, amiúde associados à reivindicação de um território ancestral¹³⁷. Integram-se na categoria as pessoas que partilham uma língua. e uma cultura comuns¹³⁸.

Sublinhe-se que os múltiplos atos de violência dirigidos contra vítimas identificadas como integrantes do grupo Lendu levaram em 2019 à primeira condenação pelo TPI, no caso *Ntaganda*, pelo crime de perseguição¹³⁹. Com semelhanças em relação quer à raça, quer à etnia, a nacionalidade reporta-se a um vínculo jurídico com o Estado de pertinência, ou, alternativamente, à integração numa minoria nacional¹⁴⁰.

Por sua vez, os motivos *religiosos* ligam-se ao conjunto de práticas e de doutrinas constitutivas da ligação do homem com a divindade, assim como à fé, à piedade e às crenças pessoais¹⁴¹. Embora seja ponto controverso na doutrina, entendemos que a

¹³⁵ Andreana ESPOSITO / Gianluca GENTILE/ Maria Teresa TRAPASSO, «I crimini contro l'umanità»..., *cit.*, p. 707 (nota 378). Philippe CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 454. Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.)..., *cit.*, p. 230.

¹³⁶ Carola LINGAAS, *The Concept of Race in International Criminal Law*, Routledge, Abingdon/ New York, 2020, pp. 162-164, 221. Similarmente, explanado que o conceito de raça não pode significar “raça mais algo mais”: Johan D. van der VYVER, *International...*, *cit.*, p. 158.

¹³⁷ Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, *cit.*, p. 336. Johan D. van der VYVER, *International...*, *cit.*, p. 158. Até à data, o TPI nunca foi confrontado com uma acusação de perseguição rácica, demonstrando a Procuradoria preferência pelo conceito (potencialmente entendido como menos anacrónico) de etnia. Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution»... *cit.*, p. 231.

¹³⁸ ICC (PTC III), Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19, 14.11.2019, §103.

¹³⁹ ICC (TC VI), Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgement, ICC-01/04-02/06, 8.7.2019, §§1009-1022, 1206.

¹⁴⁰ Yann JUROVICS, *Réflexions...*, *cit.*, p. 118. Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, *cit.*, p. 256. Hans VEST/ Flavio NOTO, «Lit. i – Verfolgung und Apartheid», in *Die völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB* (Hans VEST/ Andreas R. ZIEGLER/ Jürg LINDMANN/ Stefan WEHRENBURG Hrsg.), Dike, Nomos, Zürich, 2014, pp. 543-544. Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz im Völkerstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 286-287. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, *cit.*, p. 429. Alguns Autores, partindo de uma posição excessivamente subjetivista do ponto de vista das vítimas, afirmam que o exigível é que o grupo vitimado se veja a si próprio como uma nação: Philippe CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 454. Andreana ESPOSITO / Gianluca GENTILE/ Maria Teresa TRAPASSO, «I crimini contro l'umanità»..., *cit.*, p. 707 (nota 381). Guénaél METTRAUX, *International Crimes...*, *cit.*, pp. 599-601. Carola LINGAAS, *The Concept of Race...*, *cit.*, p. 220. Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution»... *cit.*, p. 230. No polo oposto, alvitando que apenas a discriminação contra *cidadãos* de determinado Estado é tipicamente relevante: Christine BYRON, *War crimes and crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Manchester University Press, Manchester/ New York, 2009, p. 231. Johan D. van der VYVER, *International...*, *cit.*, p. 158.

¹⁴¹ Philippe CURRAT, *Les crimes...*, *cit.*, pp. 446, 454.

norma se aplique igualmente à perseguição de pessoas ateias, desde que perseguidas pelo infrator como uma coletividade¹⁴². Com efeito, a liberdade religiosa engloba necessariamente o direito a não professar nenhuma religião ou crença, e uma tal conclusão adequar-se-ia ao entendimento de que a seleção persecutória pode ser negativa¹⁴³. O TPI entendeu haver indícios substanciais para qualificar como conduta persecutória os maus tratos sofridos pela população de Tombouctou (Mali) às mãos dos grupos Ansar Dine e Al-Qaeda no Magrebe Islâmico com vista à sua sujeição a uma ideologia religiosa que se queria reguladora de todos os aspetos da vida social¹⁴⁴.

3.2.1.1.2 Os motivos ligados à opinião política ou à cultura

Já os motivos *políticos* concernem ao engajamento dos indivíduos em relação ao Estado, ao seu governo e aos assuntos públicos em geral¹⁴⁵. A proteção das coletividades visadas com base nesse critério serve, dessa sorte, à salvaguarda do direito humano à liberdade de expressão e de opinião¹⁴⁶. Posto que não seja preciso que as vítimas pertençam a um partido ou agrupamento político¹⁴⁷, é necessário que o seu posicionamento transcenda o nível das consciências individuais e se manifeste publicamente¹⁴⁸. No recente caso *Ongwen*, o Tribunal Penal Internacional considerou o

¹⁴² Nesse sentido: Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., pp. 342-343. Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, cit., p. 286. Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.)..., cit., p. 232. *Contra*: Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, cit., p. 255. Johan D. van der VYVER, *International...*, cit., p. 159.

¹⁴³ Assim: HRC, *CCPR General Comment N.º 22 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, 30.7.1993, §2. Também, no direito da União da Europeia: UE, Directiva 2011/95/UE do Parlamento e do Conselho, 13.12.2011, art. 10º/1/b).

¹⁴⁴ CPI (Chambre Préliminaire I), Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, 13.11.2019, §§688-696. CPI (Chambre Préliminaire I), Version publique expurgée du Rectificatif de la Décision portant modification des charges confirmées le 30 septembre 2019 à l'encontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, 8.5.2020, §164.

¹⁴⁵ Philippe CURRAT, *Les crimes...*, cit., pp. 444-445, 454. Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, cit., p. 285. Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution»..., cit., p. 229.

¹⁴⁶ Yann JUROVICS, *Réflexions...*, cit., pp. 110-111. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., pp. 332-333.

¹⁴⁷ Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, cit., p. 252. Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La tipificación...*, cit., p. 44. Hans VEST/ Flavio NOTO, «Lit. i – Verfolgung und Apartheid»..., cit., p. 543. Guénaél METTRAUX, *International Crimes...*, cit., pp. 606-607. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., p. 429. Johan D. van der VYVER, *International...*, cit., p. 157. Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution»..., cit., p. 229.

¹⁴⁸ Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., p. 334.

arguido culpado de perseguições contra habitantes do norte do Uganda perseguidos (correta ou incorretamente) como apoiadores do governo ugandês¹⁴⁹.

Passando para os motivos *culturais*, importa ter em vista as qualidades compartilhadas pela coletividade em função de suas realizações artísticas, científicas ou educativas ou da sua própria forma de vida, no que tange à conservação de suas práticas identificadoras ou de uma língua ancestral¹⁵⁰. Por exemplo, e em linha com o defendido por Powderly e Hayes¹⁵¹, entendemos que será o caso de uma vitimização de indivíduos pelo banimento de certos comportamentos tradicionais (como o uso de talismãs ou a prática de feitiçaria) e de atividades de lazer (como jogos ou desporto), à imagem do que se verificou em Tombouctou¹⁵². Curiosamente, a perseguição cultural constava já dos Projetos da CDI de 1954¹⁵³ e de 1991¹⁵⁴, retornando, após um longo período de ausência, no documento de 2019.

3.2.1.1.3 Os motivos ligados ao sexo

Relativamente aos motivos *sexistas*, o artigo 7.º/3 do ERTPI esclarece que:

“Para efeitos do presente Estatuto, entende-se o termo «sexo» abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.”

Assim, a referência ao contexto societário parece apontar para algo mais que as diferenças biológicas. Com efeito, conquanto a versão francesa empregue o termo *sexe*, a versão inglesa não recorre a *sex*, mas sim a *gender*¹⁵⁵. O “gênero”, dessa sorte,

¹⁴⁹ ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, §§2847-2848, 2907, 2960, 3007, 3116.

¹⁵⁰ Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, cit., pp. 257-258. Philippe CURRAT, *Les crimes...*, cit., pp. 445-446, 454-455. Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La tipificación...*, cit., pp. 46-47. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., pp. 339-341. Hans VEST/ Flavio NOTO, «Lit. i – Verfolgung und Apartheid»..., cit., p. 544. Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, cit., pp. 288-289. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., p. 429. Johan D. van der VYVER, *International...*, cit., p. 159. Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution»..., cit., p. 231.

¹⁵¹ Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution»..., cit., p. 231.

¹⁵² CPI (Chambre Préliminaire I), Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, 13.11.2019, §690.

¹⁵³ ILC, *Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind*, 1954, art. 2.º (11).

¹⁵⁴ ILC, *Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind*, 1991, art. 21.º.

¹⁵⁵ No mesmo sentido, o texto espanhol utiliza *género*, e o russo, *гендерным*. A definição do número 3 do artigo 7.º do Estatuto é igual nas seis línguas oficiais, tendo a disposição sido negociada em inglês com atenção aos sentidos distintos que têm nesse idioma os termos *gender* e *sex*. Assim, e analisando também os textos árabe e chinês: Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction at the International Criminal Court*.

consiste numa categoria sociocultural que afeta, a partir de preconceitos concebidos desde a infância sobre o que seja feminino e sobre o que seja masculino, o *status* do indivíduo na sociedade em que se insere¹⁵⁶. A perseguição sexista, por conseguinte, pode envolver uma pletera de condutas, associadas ou não a atos de violência sexual¹⁵⁷, distintamente dirigidas ou a homens ou a mulheres, tendo em atenção os papéis que, aos olhos do perpetrador e no quadro daquele contexto social, uns e outros exerceriam. Dessarte, no caso *Al Hassan*, o Tribunal confirmou a acusação de perseguição atinente à conduta discriminatória voltada contra as mulheres de Tombouctou, as quais eram severamente punidas se infringissem as regras de conduta e de vestuário impostas pelos Ansar Dine e pela Al-Qaeda no Magrebe Islâmico¹⁵⁸. No recente caso *Abd-Al-Rahman*, novas acusações de crimes persecutórios, fundadas nas sevícias inflingidas aos homens de etnia Fur em razão da presunção de que, à luz de expetativas socialmente construídas, deveriam ser identificados como combatentes, foram igualmente confirmadas¹⁵⁹.

Nunca obstante, o ERTPI não incrimina as perseguições baseadas na identidade de género ou na orientação sexual. Com efeito, a definição pouquíssimo clara – quase délfica – adotada para o conceito de sexo resultou de um compromisso alcançado entre delegações mais conservadoras que se inclinavam para um entendimento estritamente biológico, por um lado, e por delegações que propendiam para um mais abrangente, por outro. Nesse sentido, a inclusão da parte inicial do artigo 7.º/3 (“*the two sexes, male and female*”, em inglês) (“*l’un et l’autre sexes, masculin et féminin*”, em francês) constituiu

Protection of Sexual and Gender Minorities Under The Rome Statute, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg, 2022, pp. 223-224.

¹⁵⁶ Desse modo: Teresa ANJINHO, «Violência de Género no Estatuto de Roma do TPI», in *O Tribunal Penal Internacional e a transformação do direito internacional – Conferência Internacional da FDU/CP/GR, volume especial da DJ* (João Silva MIGUEL/Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, org.), Faculdade de Direito da Universidade Católica, Lisboa, 2006, p. 179. Essa definição não destoa da menção feita pela Procuradoria do TPI à “construção social de género” e aos “papéis, comportamentos, atividades e atributos afetos a mulheres e homens, meninas e meninos” em: The Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes*, June 2014, p.12.

¹⁵⁷ Vide: The Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Sexual...., cit.*, p.12. Guénaël METTRAUX, *International Crimes...., cit.*, p. 604. Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution»..., *cit.*, pp. 232-233.

¹⁵⁸ CPI (Chambre Préliminaire I), Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, 13.11.2019, §§697-701. Por exemplo, as mulheres que portassem um véu “demasiado belo” ou não longo o bastante eram alvo de agressões físicas e de aprisionamento (§698).

¹⁵⁹ ICC (PTC II), Prosecutor v. Ali Muhamed Ali Abd-Al-Rahman (‘Ali Kushayb’), Decision on the confirmation of charges against Ali Muhamed Ali Abd-Al-Rahman (‘Ali Kushayb’), ICC-02/05-01/20, 9.7.2021, §§ 80, 116, 133.

uma concessão a favor daquele primeiro grupo de negociadores, ao passo que a menção ao contexto da sociedade (“*whitin the context of society*”) (“*suivant le context de la société*”) respeitava a visão majoritária¹⁶⁰, sendo a referência final (“*the term ‘gender’ does not indicate any meaning different from the above*”) (“*il n’implique aucun autre sens*”) um meio de restringir (mas não excluir) as possibilidades de uma interpretação dinâmica¹⁶¹. Como consequência, o todo da disposição apresenta uma manifesta ambiguidade, a qual não pode resultar em prejuízo para os arguidos.

Dessarte, o critério deve ser aplicado à luz do princípio da legalidade, tendo em consideração os limites exigíveis à interpretação feita pelos julgadores. Posto que o *nullum crimen sine lege* tenha no domínio direito internacional penal uma flexibilidade maior que nos direitos estatais¹⁶², os tribunais, em caso de dúvida sobre o sentido da norma tipificadora, devem decidir em sentido mais favorável ao acusado¹⁶³. Dessa sorte, e em que pese às posições doutrinárias opostas¹⁶⁴, entendemos que a infração persecutória constante do Estatuto de Roma concerne apenas a um segmento deveras restrito do universo das realidades concernentes ao género.

¹⁶⁰ Cate STEAINS, «Gender Issues», in *The Internatinal Criminal Court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations and results* (Roy S. K. LEE), Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 371-375. Katrin KAPPLER, *Die Verfolgung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität als Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 177-181. Valérie V. SUHR, Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, *cit.*, pp. 215-221.

¹⁶¹ Katrin KAPPLER, *Die Verfolgung...*, *cit.*, pp. 170-172. No entanto, alguns Autores veem-na como uma disposição meramente tautológica: Cate STEAINS, «Gender Issues»..., *cit.*, p. 374. Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Definition of gender», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.)..., *cit.*, pp. 313-314.

¹⁶² Vide, por exemplo: Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, *cit.*, pp. 222-231. Cherif BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International...*, *cit.*, pp. 301-307. Mário Ferreira MONTE, «Princípios»..., *cit.*, pp. 60-64. Valérie MALABAT, «Article 22», in *Statut de Rome...*, *cit.*, pp. 989-990. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, *cit.*, pp. 48-50. Rosario Salvatore AITALA, *Diritto...*, *cit.*, pp. 59-61.

¹⁶³ Jorge Bacelar GOUVEIA, *Direito Internacional Penal...*, *cit.*, pp. 216-217. Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, *cit.*, p. 228. Antonio CASSESE, *Cassese's International...*, *cit.*, pp. 35-36. Valérie MALABAT, «Article 22»..., *cit.*, p. 988. Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, *cit.*, pp. 220-221.

¹⁶⁴ Valerie OOSTERVELD, Valerie, *Gender, Persecution, and the International Criminal Court, DJCIL*, Vol. 17, Durham, 2006, pp. 79-81. Valerie OOSTERVELD, «Prosecuting gender-based persecution as an international crime», in *Sexual Violence as an International Crime: Interdisciplinary Approaches* (Anne-Marie de BROUWER/ Charlotte KU/ Renée RÖMKENS/ Larissa van den HERIK eds.), Intersentia, Cambridge/ Antwerp/ Portland, 2013, pp. 67-69. Alexander SCHWARZ, *Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht. Sexualisiert und geschlechtsbezogene Gewalt vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019, pp. 388-402. Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, *cit.*, pp. 243-262. Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Definition of gender»..., *cit.*, pp. 313-314.

Em primeiro lugar, no que toca à intersexualidade¹⁶⁵ e às identidades de género não binárias¹⁶⁶, a referência feita aos dois sexos (“masculino e feminino”) exclui de modo cabal a sua relevância típica¹⁶⁷. No entanto, se o perpetrador entender – incorretamente – que a vítima se enquadre numa das categorias estatutariamente elencadas, poderá decerto visionar-se então uma hipótese de conduta persecutória¹⁶⁸. Ainda assim, frise-se que a razão da sua seleção não será a sua pertinência a uma minoria de género, mas tão apenas, e eventualmente, a sua identificação equivocada com um dos sexos tradicionais. A desaplicação da norma às discriminações sofridas por aqueles que não se reveem no sistema dual de género constitui, portanto, uma *artificialidade*, pois a *ratio legis* almeja em geral combater as perseguições fundadas na desconformidade dos comportamentos humanos reais com as expectativas e os estereótipos de cunho sexista assumidos pelo perpetrador¹⁶⁹.

Em segundo lugar, o tipo incriminador não cuida das condutas discriminatórias dirigidas contra indivíduos homossexuais ou transexuais¹⁷⁰. Com efeito, a inconsistência e a circularidade da definição estatutária aconselha a uma interpretação mais restrita, limitada a uma conceção binária e heteronormativa de sexo ou de

¹⁶⁵O conceito reporta-se às situações em que as características sexualmente determinantes e diferenciadoras do indivíduo não correspondem univocamente a um mesmo sexo. Vide: Katrin KAPPLER, *Die Verfolgung...*, cit., pp. 47-51. Similarmente: Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, cit., p. 250.

¹⁶⁶“They do not identify as female or male – either because they identify as an additional sex, no sex, or as ‘gender fluid’” (mantivemos aqui o inglês original, com vista a tornar nítida a diferença no uso dos termos *gender* e *sex*. Em todas essas hipóteses, o relevante é que a identidade de género do indivíduo não seja contemplada pelo sistema tradicional de sexo fundado na dualidade feminina e masculina): Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, cit., p. 249.

¹⁶⁷ Katrin KAPPLER, *Die Verfolgung...*, cit., pp. 170-172. Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Definition of gender»..., cit., p. 314.

¹⁶⁸ Vide: Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, cit., pp. 249-252.

¹⁶⁹ Assim: Carsten STAHN, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 71-72.

¹⁷⁰ Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, cit., pp. 258-259. Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La tipificación...*, cit., p. 47. Geoffrey ROBERTSON, *Crimes Against Humanity – The Struggle for Global Justice*, Penguin Books, London, 4. ed., 2012, p. 517. Hans VEST/ Flavio NOTO, «Lit. i – Verfolgung und Apartheid»..., cit., p. 544. Katrin KAPPLER, *Die Verfolgung...*, cit., *passim*, e, em especial, pp. 260-268, 349-350. Yann JUOVICS, «Article 7»..., cit., p. 595. Héctor OLASOLO/ Nicolás BUITRAGO/ Vanessa BONILLA-TOVAR, *El tratamiento de la población LGTBIQ en el artículo 7 (1)(h) del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de la definición de “género” y del estándar “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”*, PC, Vol. 15, N.º 29, 2020, pp. 373-375. Disponível em: <https://politecrim.com/wp-content/uploads/2020/07/Vol15N29A13.pdf> (consultado pela última vez em 01 de maio de 2022). Convém referirmo-nos ainda à posição muito particular de Currat, o qual considera que o tipo, ao mesmo tempo que exclui as discriminações com base na orientação sexual, admite aquelas fundadas na transexualidade, por ser “em função do seu sexo, masculino ou feminino, ou mais exatamente em função da sua mudança de sexo, que as perseguições podem ser cometidas”: Philippe CURRAT, *Les crimes...*, cit., p. 446.

género¹⁷¹. De facto, o princípio da legalidade penal previsto no artigo 22.º ERPTI impõe que as normas tipificadoras sejam claras (*nullum crimen sine lege certa*), e que, em caso de ambiguidade, os direitos do arguido não sejam prejudicados. A consideração de que a vontade de algumas delegações de excluir as perseguições fundadas na orientação sexual e na identidade de género não tenha sido publicamente expressada, e, por conseguinte, não afetaria a “história legislativa”¹⁷², ou a de que o artigo 21.º/3, ao exigir uma interpretação respeitadora dos direitos humanos e não discriminatória do Estatuto, alvitre a inclusão ampla das diversas categorias de género¹⁷³ não abalam o dever de respeitarem-se as “exigências de justiça para o acusado e de defesa da ordem pública internacional”¹⁷⁴.

Nesse sentido, deve ser celebrado o caminho percorrido pela CDI em 2019, a qual, ao não reproduzir o disposto no problemático artigo 7.º/3 ERTPI, trata das perseguições fundadas no género nas suas diferentes vertentes em concordância o conceito empregue no direito internacional dos direitos humanos¹⁷⁵. Ilustrativamente, os redatores do novo Projeto mencionam um parecer da Corte Interamericana sobre “*identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”¹⁷⁶.

3.2.1.1.4 Outros motivos universalmente reconhecidos

¹⁷¹ Katrin KAPPLER, *Die Verfolgung...*, cit., p. 172.

¹⁷² Johan D. van der VYVER, *International...*, cit., p. 160.

¹⁷³ Criticamente, mas considerando que a disposição confirma a sua conclusão de que o tipo incriminador deve ser interpretado como incluindo as perseguições fundadas na identidade de género e na orientação sexual: Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, cit., p. 259. Consideramos, na linha do referido pelo TPI quando do caso *Lubanga* (vide supra nota 24), que o Estatuto deva ser aplicado com atenção ao direito das minorias de género de não serem discriminadas. Nunca obstante, a disposição art. 21.º/3 ERTPI deve ser sopesada com as exigências do princípio fundamental da legalidade penal. Com efeito, o referido artigo não traz um elenco taxativo de direitos ou de motivos discriminatórios, nem contém tipos incriminadores. Por outro lado, uma interpretação do art 7.º que exclua a perseguição baseada na identidade de género ou na orientação sexual não ofende o direito internacional dos direitos humanos, nem consitui uma discriminação estatutoriamente proibida. Vide: Katrin KAPPLER, *Die Verfolgung...*, cit., pp. 242-245.

¹⁷⁴ Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., p. 231.

¹⁷⁵ Vide, com particular interesse: ILC, *Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity with Commentaries*, 2019, pp. 45-46. Disponível em https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_7_2019.pdf (consultado pela última vez em 01 de maio de 2022). Refletindo positivamente sobre esse desenvolvimento: Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Definition of gender»..., cit., p. 316. Hugo RELVA, «Crímenes»..., cit., p. 130.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 46 (nota 162). Vide: CIDH, Opinión Consultiva OC-24/7, 24.11.2017, §32.

Por fim, quanto aos demais *motivos universalmente reconhecidos*, importa dizer que se trata de um critério particularmente exigente¹⁷⁷. *Venia concedida*, não acompanhamos Autores que, como David Luban¹⁷⁸, entendem que toda a discriminação, qualquer que seja a coletividade visada, possa constituir um crime de perseguição – em clara dissonância com o princípio da legalidade penal. A infração dos artigos 7.º/1/h) e 7.º/2/g), sem embargo, está prevista numa *norma penal em branco*¹⁷⁹, e admite fundar-se em razões não expressamente previstas no texto estatutário. Dessa maneira, é mister olhar para fora do direito internacional penal, investigando as fontes de direito internacional dos direitos humanos¹⁸⁰, em busca de critérios amplamente acolhidos, conquanto não se exija nesse caso um consenso entre todos os Estados do mundo¹⁸¹. Por conseguinte, o motivo discriminatório deve constar de norma proibitiva constante do *ius cogens* ou, ao menos, ter alicerces sólidos no direito consuetudinário universal¹⁸².

Importa referir-se, nesse contexto, ao nascimento, à cor, à língua, à pobreza, à origem social, à idade, às deficiências físicas ou psíquicas, e, outrossim, mais uma vez à identidade de gênero e à orientação sexual.

O nascimento, a cor, o idioma, a propriedade, ou antes a sua falta¹⁸³, e a origem social constituem bases proibidas de discriminação à luz do direito internacional costumeiro.

¹⁷⁷ Georg WITSCHERL/ Wiebke RÜCKERT, Wiebke, «The Elements of Crimes Against Humanity – Article 7 (1) (h) – Crime Againsty Humanity of Persecution», in *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Roy S. K. LEE ed.), Transational Publishers, 200, p. 96. Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, cit., p. 289. Robert CRYER/ Darryl ROBINSON/ Sergey VASILIEV, *An Introduction...*, cit., p. 253. Katrin KAPPLER, *Die Verfolgung...*, cit., p. 277. Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, cit., p. 289.

¹⁷⁸ David LUBAN, *A Theory...*, cit., pp. 106-107

¹⁷⁹ Enrico AMATI/ Elena MACULAN, «I crimini contro l'umanità»..., cit., p. 398. Rosario Salvatore AITALA, *Diritto...*, cit., p. 153. Os Autores, contudo, referem-se especificamente apenas ao *actus reus* da perseguição, em que há um reenvio para o direito internacional dos direitos humanos com vista à densificação do conceito de “direitos fundamentais”.

¹⁸⁰ Assim, relevam as convenções internacionais, a exemplo do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, assim como decisões de tribunais internacionais e resoluções do Conselho de Direitos Humanos ou da Assembleia Geral da ONU que espelhem o costume internacional. Assim: William A. SCHABAS, *Relationships...*, cit., p. 350.

¹⁸¹ Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution»..., cit., pp. 234-235.

¹⁸² Machteld BOOT, *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes*, Intersentia, Amberes, 2002, p. 521. Andreana ESPOSITO / Gianluca GENTILE/ Maria Teresa TRAPASSO, «I crimini contro l'umanità»..., cit., p. 708. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., p. 348. Katrin KAPPLER, *Die Verfolgung...*, cit., pp. 276-278. Guénaël METTRAUX, *International Crimes...*, cit., p. 607. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., p. 430. Similarmente: Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, cit., p. 259. Philippe CURRAT, *Les crimes...*, cit., pp. 446-447. William SCHABAS, *The International...*, cit., pp. 198-199. Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, cit., p. 289. Vide ainda, com a inclusão do direito convencional: Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, cit., pp. 288-295.

¹⁸³ William A. SCHABAS, *The Customary...*, cit., p. 174.

Refletem-no a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 2.º), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigos 2.º/1 e 26.º), o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (artigo 2.º/2), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (artigo 14.º), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 21.º/1), a Convenção Interamericana de São José da Costa Rica (artigo 1.º/1) e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (artigo 2.º). Ademais a CDI, nos seus Projetos de 1954¹⁸⁴ e de 1991¹⁸⁵, previa expressamente a perseguição com base em motivos sociais. Nesse sentido, maus tratos infligidos contra coletividades identificáveis pelo nascimento, pela língua, pela cor, pela posição socio-económica ou pela ascendência (por exemplo, no quadro de um sistema de castas) podem traduzir-se em crimes internacionais persecutórios¹⁸⁶.

Também a idade consubstancia um motivo universalmente reconhecido para efeitos do Estatuto. Se é certo que a categoria se encontra ausente dos textos dos principais tratados internacionais de projeção planetária, posto que expressamente incluída em outras convenções, como a Carta de Direito Fundamentais da União Europeia, o grande número de ratificações da Convenção sobre o Direito das Crianças aponta indubitavelmente no sentido da sua inclusão, ao menos no que toca às vítimas menores de 18 anos¹⁸⁷. No mesmo sentido, a Procuradoria do TPI considera qualificável como perseguição a vitimização de crianças em função da sua idade¹⁸⁸. Mais controversa é a situação dos indivíduos com idade avançada. Nunca obstante, o número relevante de disposições voltadas para a proteção dos anciãos em instrumentos como a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (art 18.º/4), a Carta Árabe dos Direitos do Homem (art. 33.º/2), Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos económicos, sociais e culturais (art. 17.º) e a Carta

¹⁸⁴ ILC, *Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind*, 1954, art. 2.º/11.

¹⁸⁵ ILC, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, 1991, art. 21.º.

¹⁸⁶ Jessie CHELLA, *Persecution: a crime against humanity in the Rome Statute of The International Criminal Court*, Bond University, 2004, p. 159. Philippe CURRAT, *Les crimes...*, cit., pp. 446-447. Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La tipificación...*, cit., p. 48. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La perséucion...*, cit., pp. 347-348 (refeindo-se à ascendência). Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, cit., p. 289 (nota 1228) (citando a origem social). Guénaél METTRAUX, *International Crimes...*, cit., p. 607 (não excluindo o nascimento e mencionando a origem social). Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, cit., p. 291.

¹⁸⁷ Vide: William A. SCHABAS, *The Customary...*, cit., p. 176.

¹⁸⁸ The Office of the Prosecutor, *Policy on Children*, November 2016, p. 24. Vide ainda: ILC, *Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity with Commentaries*, 2019, p. 44.

Social Europeia (art. 23.º)¹⁸⁹, leva-nos a concluir que se encontram tutelados pela norma incriminadora¹⁹⁰.

O mesmo ocorre com as pessoas com deficiências físicas ou psíquicas¹⁹¹. Não se deve olvidar que quase a totalidade dos Estados membros da ONU já ratificaram a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que proíbe a sua discriminação (art. 5.º/2)¹⁹². Outrossim, do Projeto do ERTPI de abril de 1998 já constava, no entendimento da nota de pé de página número 15, implicitamente esse motivo persecutório¹⁹³.

No tocante à orientação sexual e à identidade de género, ao revés, não há ainda o reconhecimento alargado exigido pelo artigo 7.º/ 1 /h)¹⁹⁴. Atendendo à significativa quantidade de Estados que hoje incriminam as relações homossexuais e que se opõem abertamente ao reconhecimento de direitos das minorias de género¹⁹⁵, há de convir-se que a proibição de condutas discriminatórias baseadas nesses motivos não atingiu por ora o requerido nível aceitação na cena internacional. Entretanto, o rápido progresso

¹⁸⁹ William A. SCHABAS, *The Customary...*, cit., pp. 176-177.

¹⁹⁰ Jessie CHELLA, *Persecution...*, cit., p. 159. William A. SCHABAS, *Relationships...*, cit., p. 350 (qualificando a idade como um óbvio candidato à inclusão). Similarmente: María TORRES PÉREZ, *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 196. Não obstante, expressando sérias dúvidas acerca da aplicação do tipo penal às discriminações contra os anciãos: Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., p. 350.

¹⁹⁰ Vide: William A. SCHABAS, *The Customary...*, cit., p. 176.

¹⁹¹ Jessie CHELLA, *Persecution...*, cit., p. 159. Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La tipificación...*, cit., p. 48. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., pp. 348-349. William A. SCHABAS, *Relationships...*, cit., p. 350 (enxergando-as como candidatos óbvios à inclusão). Hugo RELVA, «Crímenes»..., cit., p. 162.

¹⁹² A respeito: William A. SCHABAS, *The Customary...*, cit., pp. 175-176. Referindo-se tão somente à deficiência física: Yann JUROVICS, «Article 7»..., cit., p. 595.

¹⁹³ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Statute for the International Criminal Court, A/CONF.183/2/Add.1, 14.4.1998, p. 26 (nota 15).

¹⁹⁴ Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, cit., p. 290 (nota 1235). Katrin KAPPLER, *Die Verfolgung...*, cit., pp. 278-283. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., p. 430. Com entendimento contrário: Héctor OLASOLO/ Nicolás BUITRAGO/ Vanessa BONILLA-TOVAR, *El tratamiento...*, cit., pp. 375-380. Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, cit., pp. 316-319. Hugo RELVA, «Crímenes»..., cit., p. 162. Com posicionamento ambivalente: Alexander SCHWARZ, *Das völkerrechtliche...*, cit., pp. 402-403 (para quem as categorias são apenas admitidas se a referência aos motivos universalmente reconhecidos for interpretada de modo que se dispense a prática dos Estados. Sem embargo, visto que tal é um elemento necessário – para além da *opinio iuris* – à formação de um costume internacional, não acompanhamos o Autor nesse entendimento). William A. SCHABAS, *Relationships...*, cit., p. 350 (conquanto vendo a identidade de género e a orientação sexual como claros candidatos à inclusão). Posto que a solução mais célere para a consideração da identidade de género e da orientação sexual entre os motivos persecutórios fosse, na linha da Comissão de Direito Internacional, a supressão da definição circular de género do artigo 7.º/3, o artigo 7.º/1/h) deixa aberta a porta para a sua futura inclusão. Vide, por fim: María TORRES PÉREZ, *La responsabilidad...*, cit., p. 196. Carsten STAHN, *A Critical...*, cit., p. 71.

¹⁹⁵ Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, cit., p. 290.

perceptível quer no âmbito regional¹⁹⁶, quer no âmbito universal¹⁹⁷ permite adivinhar uma tendência promissora para a sua elevação a norma solidamente fundada no direito costumeiro. Ademais, a inclusão no Projeto da CDI de 2019 das perseguições de género em sentido amplo é um sinal importante da evolução que afortunadamente se ensaia no direito internacional penal.

Em síntese, o ERTPI admite uma gama variada de razões tipicamente relevantes para o crime de perseguição. Reconhece expressamente não só os motivos persecutórios clássicos previstos desde o direito de Nuremberga (políticos, raciais e religiosos), senão também os atinentes à etnia e à nacionalidade, consagrados pelo direito consuetudinário¹⁹⁸, e, outrossim, os sexistas e culturais. Ademais, com a abertura a outros critérios estabelecidos no direito internacional dos direitos humanos, não tem por irrelevantes as discriminações baseadas na cor, na língua, na propriedade, na origem social, na idade ou nas deficiências físicas ou psíquicas. Ainda assim, exclui aquelas fundadas na identidade de género ou na orientação sexual, diversamente do que ocorre no novo Projeto da CDI.

Isso posto, importa ainda fazer três questionamentos. O que distingue, no que toca à *mens rea* persecutória, um grupo de uma coletividade? De que modo o grupo ou a coletividade devem ser identificáveis? *Quid iuris*, por fim, numa hipótese de erro sobre a pessoa da vítima?

Primo, a seleção discriminatória deve ter por objeto um grupo ou, ao menos, uma coletividade. Entendemos, na linha de Wenke Brücker¹⁹⁹, que os conceitos não se

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 306-313.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 299-306.

¹⁹⁸ Yann JUROVICS, *Réflexions...*, *cit.*, pp. 105-107. Omitindo contudo, a nacionalidade: Antonio CASSESE, *Cassese's International...*, *cit.*, p. 108. Guénaél METTRAUX, *International Crimes...*, *cit.*, pp. 584-589. Em favor da admissão dessas últimas pelo direito consuetudinário, podemos apontar para a inegável proximidade com a discriminação baseada na raça e, em menor medida, na religião, categorias igualmente previstas no artigo 2.º da Convenção sobre o Genocídio de 1948, porquanto associadas à própria existência da vítima, na medida em que é condicionada pelo seu nascimento e por um seu estado de pertinência contínua e usualmente incontestável a um agrupamento estável. Assim: ICTR (TC I), *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment, ICTR-96-4-T, 2.9.1998, §511. Yann JUROVICS, *Réflexions...*, *cit.*, pp. 106-109. Nessas situações, as vítimas são perseguidas “sob o pretexto de ter nascido”: André FROSSARD, *Le crime...*, *cit.*, p. 9. Ademais, a jurisprudência judicial tem se mostrado competente para conhecer das perseguições étnicas (por exemplo, o Estatuto do Tribunal Especial para a Serra Leoa e a Lei sobre as Câmaras Especiais para o Kosovo admitem os motivos políticos, raciais, religiosos e étnicos nos respectivos artigos 2.ºh) e 13.ºh) e nacionais (*vide exempli gratia* a condenção de Adolf Eichmann pelo crime de perseguição “por razões nacionais, raciais, religiosas ou políticas: District Court of Jerusalem, *Attorney general v. Eichmann*, 40/61, 11.12.1961, §244 (6)).

¹⁹⁹ Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, *cit.*, p. 278. Com uma conceção diversa de coletividade, alvitando que seria a designação adequada para as hipóteses de perseguições dirigidas contra uma multiplicidade de grupos: Jessie CHELLA, *Persecution...*, *cit.*, p. 134.

confundem, mas que este é mais amplo que aquele. Conquanto o genocídio implique a seleção de um *grupo* rácico, étnico, nacional ou religioso, à perseguição *tout court* basta a escolha de uma coletividade identificável. Dessa sorte, o perseguidor deve visar (i) os indivíduos que integrem efetivamente o agrupamento identificado, (ii) os que se suspeite pertencerem ao grupo ou ainda (iii) as pessoas que lhe sejam associadas, mesmo que não sejam membros²⁰⁰. Incluem-se na terceira hipótese, por exemplo, os familiares de integrantes ou os cidadãos que resistam, mesmo de forma armada, a uma política ou a uma ação persecutórias²⁰¹. No que concerne às vítimas de genocídio, demanda-se a sua vera pertinência a um grupo realmente existente, selecionado de modo exclusivamente positivo – pelo que não se concebe um “genocídio invertido”²⁰².

Secundo, as vítimas são escolhidas com base num critério primordialmente subjetivo, relevando a percepção do próprio agente²⁰³. Certo é que o TPI tem oscilado entre uma visão híbrida, respeitante a fatores objetivos e subjetivos, e uma puramente subjetiva. Nos casos *Ntaganda* e *Ongwen* os Juízos de Julgamento tiveram como relevantes o contexto social, político e cultural, assim como fatores objetivos e as percepções subjetivas da vítima e do perpetrador²⁰⁴; mas em *Al Hassan* os julgadores atenderam unicamente à subjetividade do autor²⁰⁵. No entanto, uma vez que o grupo ou a

²⁰⁰ Vide: Ken ROBERTS, «Striving for Definition: the Law of Persecution from Its Origins to the ICTY», in *The Dynamics of International Criminal Justice, Essays in Honour of Sir Richard May* (Hirad ABTAHI/ Gideon BOAS eds.), Martinus Nijhof Publishers, Leiden/ Boston, 2006, p. 278. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., p. 239. Guénaël METTRAUX, *International Crimes...*, cit., pp. 580-581.

²⁰¹ Yann JUROVICS, *Réflexions...*, cit., pp. 168-173.

²⁰² Sobre as distinções entre os crimes de genocídio e de perseguição no que concerne ao alvo das sevícias: Guénaël METTRAUX, *International Crimes...*, cit., pp. 580-582.

²⁰³ Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, cit., p. 252. Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., p. 441. Olivier de FROUVILLE, *Droit international pénal. Sources, Incriminations, Responsabilité*. Éditions Pedone, Paris, 2012, p. 186. Guénaël METTRAUX, *International Crimes...*, cit., pp. 576-578. Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., p. 428. POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution»..., cit., p. 224.

²⁰⁴ ICC (TC VI), Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgement, ICC-01/04-02/06, 8.7.2019, §1010. ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, §§ 2735-2736. Outrossim: ICC (PTC III), Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on te Authorization of an Investigation into the Situation in the People´s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19, 14.11.2019, §§102-104.

²⁰⁵ CPI (Chambre Préliminaire I), Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, 13.11.2019, §665. Vide também: ECCC (SCC), Kaing Guek Eav *alias* Duch, Appeal Judgement, No. 001/18-07-2007, 3.2.2012, §272. ICC (PTC III), Public Redacted Version of “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on te Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi”, ICC-01/17-X, 9.11.2017, §133. Vide ainda: ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, §2737. O Juízo de Julgamento parece defender dois critérios contraditórios. Se antes propugnava a consideração de fatores objetivos e subjetivos, nesse parágrafo posterior observa que as

coletividade precisam de ser *identificáveis*, requer-se que, mesmo na hipótese em que a seleção pelo perseguidor se mostre incompatível com a sua autoidentificação das vítimas ou com a percepção geral da sociedade, se dê a verificação na realidade objetiva de certas características que sejam comuns aos perseguidos (de cariz rático, político, cultural, *et cetera*)²⁰⁶.

Ademais, acompanhamos Rosa Ana Alija Fernández no reconhecimento de que uma posição exclusivamente subjetivista fragilizaria a segurança jurídica, mesmo que os fatores subjetivos sejam os mais importantes de acordo com a natureza da infração, a qual não almeja tutelar – ao contrário do crime de genocídio – grupos precisamente identificados²⁰⁷. Não é, todavia, preciso, e em que pese à versão espanhola do Estatuto²⁰⁸, assumirem os grupos ou coletividades uma “*identidad propia*” ou uma existência objetivamente consolidada. *A fortiori*, tampouco é necessário possuírem a qualidade de sujeitos de direito internacional²⁰⁹.

Tertio, ainda que a vítima tenha sido erroneamente percebida como integrante do grupo perseguido, não se afasta a consumação do crime, salvo se a suspeita do perpetrador for manifestamente infundada. Com efeito, um requisito da infração é a ocorrência de uma discriminação de facto, *scilicet*, da efetiva sujeição dos indivíduos a um tratamento persecutório²¹⁰. Ainda assim, haverá hipóteses de *error in persona*²¹¹ que impliquem a não perfeição da infração intencionada. O Supremo Tribunal do Comboja, no caso *Duch*, após analisar a jurisprudência dos tribunais *ad hoc*, determinou que os atos ou omissões persecutórias hão de resultar em discriminações factuais contra o

afiliações políticas em função das quais as vítimas foram selecionadas podem ser reais ou existentes apenas na mente do perpetrador.

²⁰⁶ Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, *cit.*, p. 283. Sublinhe-se que as razões relevantes para a perseguição são atinentes ao grupo ou a coletividade visados, e não exclusivamente à pessoa do perpetrador. Nesse sentido, ofensas aos direitos de pessoas com deficiência realizadas em cumprimento de um programa político constituem potencialmente um crime de perseguição de um grupo identificável a partir de tais características das vítimas, e não propriamente uma infração persecutória em razão da discriminação política. *Vide: Ibidem*, pp. 277-278. Similarmente, considerando que a coletividade deve ser identificada pelo autor em atenção a critérios objetivos: Philippe CURRAT, *Les crimes...*, *cit.*, p. 447. Diversamente parecem entender Powderly e Hayes, para quem não é necessário que as vítimas integrem uma coletividade ou um grupo identificado como político: Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution»..., *cit.*, p. 226. Ainda nessa linha: Valérie V. SUHR, *Rainbow Jurisdiction...*, *cit.*, p. 196.

²⁰⁷ Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, *cit.*, p. 330.

²⁰⁸ Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, *cit.* pp. 281-282.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 296.

²¹⁰ *Vide: Ken ROBERTS*, «Striving for Definition»..., *cit.*, pp. 272-283. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, *cit.*, pp.275-279. Guénaél METTRAUX, *International Crimes...*, *cit.*, pp. 578-580.

²¹¹ Por exemplo, quanto a um homicídio baseado na identificação errônea da religião da vítima: ICTY (TC II), *Prosecutor v. Krnojelac*, Judgment, 15.3.2002, §432 (nota 1293).

agrupamento visado, em que se incluem, para além dos integrantes do grupo, os simpatizantes, os associados e os simples supeitos aos olhos do perpetrador, pelo que afastadas estão as hipóteses de erro de facto ou de vitimização indiscriminada²¹².

Isso posto, entendemos, em concordância com o TPI, que “nem todas as vítimas do crime de perseguição necessitam de ser membros, simpatizantes, aliados ou de qualquer outro modo relacionados com o grupo protegido”²¹³. Atendendo ao conceito amplo de coletividade que defendemos nesta dissertação, consideramos que estão abrangidas todas as pessoas que o perseguidor suspeita possuírem as características relevantes para a identificação do grupo, ainda que se demonstre futuramente o seu engano²¹⁴. Excetua-se a hipótese de uma classificação manifestamente equivocada da vítima, por exemplo se o agente, animado por um ódio contra muçulmanos, lançar um ataque contra um edifício claramente representativo de uma fé diversa²¹⁵. Dessarte, essa seleção deve considerar-se arbitrária e, então, inadmissível em razão da exigência de o grupo ou de a coletividade serem identificáveis²¹⁶.

Em resumo, a coletividade visada incluirá os membros do grupo selecionados com base num (ou em vários) dos motivos referidos *supra* – os quais relevam em sentido positivo ou negativo –²¹⁷, os seus congéneres, e os opositores da perseguição, e aqueles que, não o sendo, o agente suspeita serem integrantes do grupo, salvo se tal for manifestamente improvável. Em relação a eles, o perpetrador atuará com a intenção persecutória.

Assim, importa definir com exatidão qual seja o elemento subjetivo discriminatório que individualiza os *Verfolgungsverbrechen*, separando-os categoricamente dos *murder type crimes*.

3.2.1.2 *Animus persecuendi* ou *animus* discriminatório?

²¹² ECCC (SCC), Kaing Guek Eav *alias* Duch, Appeal Judgement, No. 001/18-07-2007, 3.2.2012, §§263-277.

²¹³ ICC (TC VI), Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgement, ICC-01/04-02/06, 8.7.2019, §1011. Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, §§ 735-736.

²¹⁴ ICTY (AC), Prosecutor v. Krnojelac, Judgement, 13.9.2003, §185.

²¹⁵ Imagine-se, por exemplo, que ostente visivelmente a cruz cristã, ou que seja ornamentado com estátuas budistas.

²¹⁶ ECCC (SCC), Kaing Guek Eav *alias* Duch, Appeal Judgement, No. 001/18-07-2007, 3.2.2012, §§277-284. Nessas circunstâncias, a infração fica pelo estágio da tentativa, a qual, em razão da sua manifesta impossibilidade, parece não ser punível. Sem embargo, se a conduta preencher o tipo de outro crime contra a humanidade, como a violação ou o homicídio, o agente será penalmente responsável por esse *crime under international law*.

²¹⁷ ICC (TC VI), Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgement, ICC-01/04-02/06, 8.7.2019, §1009. ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, §2735.

O autor da perseguição visa com o seu comportamento a exclusão das vítimas da sociedade em que se inserem. Pronunciou-se, refira-se, expressamente nesse sentido o Juízo de Instrução I no caso *Al Hassan* ²¹⁸. Nunca obstante, os julgadores mencionam esse requisito em apenas uma passagem da decisão²¹⁹, e nenhum outro Juízo do TPI a ele já se referiu. Pode-se questionar, portanto, se essa *intentio* constitui de facto um elemento da *mens rea*.

O TPIJ foi o primeiro órgão jurisdicional a explicitar esse elemento subjetivo no quadro do crime de perseguição. Por ocasião do julgamento do Senhor *Kupreškić* e de outros acusados, propugnou que as ofensas aos direitos das vítimas tinham como objetivo “a remoção dessas pessoas da sociedade em que vivem em conjunto com os perpetradores, ou eventualmente mesmo da humanidade” ²²⁰. Todavia, os tribunais estabelecidos após a Segunda Guerra já trabalhavam com o conhecimento de que o fim último do programa antisemita nacional-socialista era a segregação e eliminação dos judeus do *corpus social*²²¹. Em particular, o TMIN declarou que:

“Até agosto de 1938, a política nazi para os judeus atingiu o nível em que ela era voltada para a completa exclusão dos judeus da vida alemã.” ²²²

No caso *Kupreškić*, com efeito, o Tribunal considerou esse desígnio excludente como um elemento da *mens rea* do perseguidor. Na mesma linha seguiu o TPIR no caso *Riggiu*²²³. Pouco tempo depois, no caso *Kordić & Čerkez*, o TPIJ afirmou que ao arguido era exigido:

²¹⁸ CPI (Chambre Préliminaire I), Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, 13.11.2019, §663.

²¹⁹ Note-se que na parte da decisão que trata dos elementos psicológicos da infração persecutória não há referência à intenção excludente.

²²⁰ ICTY (TC), Prosecutor v. Duško Kupreškić *et al.*, Judgement, 14.2.2000, §634.

²²¹ ECCC (SCC), Kaing Guek Eav *alias* Duch, Appeal Judgement, No. 001/18-07-2007, 3.2.2012, §239 (nota 514).

²²² IMT, Judgement of 1 October 1946, in *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg*, Pt.1, Germany, 1947, p. 248. Refereindo-se a esse precedente: Ken ROBERTS, «Striving for Definition»..., *cit.*, p. 284. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, *cit.*, p. 393.

²²³ ICTR (TC I), The Prosecutor v. Georges Riggiu, Judgement, ICTR-97-2-I, 1.6.2000, § 22.

“Ter partilhado do objetivo da política discriminatória: ‘a remoção dessas pessoas da sociedade em que vivem em conjunto com os perpetradores, ou eventualmente mesmo da humanidade.’”²²⁴

Dessa sorte, os juízes em *Kordić & Čerkez* alvitram que a intenção do agente devesse espelhar um programa político persecutório mais abrangente, o que para nós, *maxima venia*, não se afigura acertado. Não negamos que os crimes contra a humanidade sejam por definição cometidos no contexto de um ataque lançado em prossecução de uma política de discriminação *latissimo sensu*. Tampouco ignoramos que a marca distintiva²²⁵ da perseguição seja a existência de um desígnio discriminatório contra grupos ou coletividades particulares. Nesse sentido, o perseguidor atua amiúde como aplicador voluntário dos planos anti-igualitários do Estado ou da organização²²⁶. Dessarte, os dois arguidos condenados pela infração concernente aos artigos 7.º/1/h) e 7.º/2/g) pelo TPI de facto compartilhavam o propósito específico do ataque que serviu de contexto à sua conduta: causar sofrimentos à população civil Lendu²²⁷ ou vitimar os civis habitantes do Norte do Uganda supostamente associados com o governo ugandês²²⁸. Entretanto, não é necessário que tal ocorra em todas as situações.

A exigência de um segundo elemento político – dificilmente comprovável – para lá daquele requerido pelo *chapeau* do artigo 7.º ERTPI não deve ser acolhida²²⁹. Fazê-lo impediria a responsabilização penal dos perseguidores cujos objetivos não se identificassem perfeitamente com os fins estatais ou organizacionais, especialmente daqueles que não participaram na criação da política de discriminação. Pense-se, por exemplo, num programa discriminatório voltado contra indivíduos suspeitos de serem vendedores ou consumidores de estupefacientes, cujos executores vitimizem de modo

²²⁴ ICTY (TC), Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Judgement, 26.2.2001, §220 (o Tribunal notou que a Defesa e que a Procuradoria se mostraram concordantes com o *animus persecuendi* desenvolvido em *Kupreškić* – §214). Vide ainda: W. J. FENRICK, *The Crime against Humanity of Persecution in the Jurisprudence of the ICTY*, *Neth. YIL*, Vol. XXXII, The Hague, 2001, p. 93.

²²⁵ Yann JUROVICS, «Article 7»..., *cit.*, p. 594.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 596-597 (refletindo sobre a jurisprudência até então existente do TPI).

²²⁷ ICC (TC VI), Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgement, ICC-01/04-02/06, 8.7.2019, §§1013-1022, 1025.

²²⁸ ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, §§2803-2805.

²²⁹ Vide, nesse sentido: Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La construcción del crimen de persecución en la jurisprudencia de los tribunales internacionales ad-hoc*, *RDPC*, 3.ª Época, n.º 1, Madrid, 2009, p. 132. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, *cit.*, p. 324. Guénaél METTRAUX, *International Crimes...*, *cit.*, p. 611.

desproporcional certos segmentos da população mais empobrecidos²³⁰. Fazendo-se a prova de que os perpetradores selecionaram as vítimas com base na propriedade, não se exigirá a verificação adicional de um propósito aporofóbico no nível da política.

De facto, raramente as razões persecutórias de um Estado ou de uma organização são abertamente confessadas, e os agentes envolvidos em diferentes etapas da elaboração ou da implementação do programa podem ter visões diferentes do seu sentido discriminatório. Um indivíduo situado numa posição mais baixa da cadeia hierárquica pode, por conseguinte, proceder à classificação das vítimas de maneira mais ampla, mais restrita ou por meio de critérios diversos do que faz o Chefe de Estado. Um e outro comportam-se de modo ilícito, e ambos sujeitam-se à responsabilidade penal por crime de perseguição, se houverem agido com os *actus reus* e *mens rea* requeridos. O ICTJ, em sede de recurso, afastou-se corretamente do entendimento professado em primeira instância. Nunca obstante, na sua fundamentação, parece ter ido demasiadamente longe, ao defender que:

“A demonstração de uma intenção persecutória específica por detrás de um alegado plano ou política persecutórios, isto é, a remoção das pessoas visadas da sociedade ou da humanidade, não é necessária para estabelecer a *mens rea* do perpetrador que pratica os atos físicos de perseguição. [...] Não há nenhuma exigência no direito que o autor possua uma ‘intenção persecutória’ para lá e acima da intenção discriminatória.”²³¹

Com efeito, discordamos da afirmação – sustentada em primeiro lugar pelo TPIJ no caso *Blaškić* – de que o elemento subjetivo característico da infração se confunda com o simples *animus* discriminatório. Para os julgadores desse *leading case*, a *intentio* persecutória consistiria na causação de danos a um indivíduo por ele integrar uma comunidade ou um grupo em particular²³². Sem embargo, persistimos com a opinião de que esse crime contra a humanidade requeira algo mais – precisamente a intenção de apartar as vítimas do *corpus* social em que se inserem ou, em casos extremos, da própria humanidade.

A história das perseguições demonstra que os seres humanos selecionados são excluídos da vida social por meio de ataques aos seus direitos mais fundamentais e pela

²³⁰ ICC (PTC I), Situation in the Republic of the Philippines, Decision on the Prosecutor’s request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15 (3) of the Statute, ICC-01/21, 15.9.2021, §92.

²³¹ ICTY (AC), Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Judgement, 26.2.2001, §111.

²³² ICTY (AC), Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Judgement, 29.7.2004, §165.

recusa por parte do Estado (ou de uma organização similar) de oferecer-lhes a efetiva proteção jurídica²³³. Nesse sentido, procura-se pôr as vítimas à margem da realidade comum e unitária da convivência humana, entendida como a multiplicidade e o conjunto de “interações humanas significativas, que se oferece aos membros participantes em termos de uma particular e objetiva autonomia e na qual eles, quer através de formas comuns de convivência (seja integrada, seja conflituante), quer através de fins ou intenções gerais (em que comungam ou que de qualquer modo se propõem), se encontram conexiados”, que constituem uma *societate*²³⁴, impedindo-as de nela viver e sobreviver²³⁵. Desse modo, o perseguidor tem como propósito último negar a seus semelhantes, ou pela eliminação ou pela subjugação²³⁶, a qualidade de *socii*.

A perseguição de grupos ou de coletividades constitui, portanto, um crime de intenção, em que se verifica uma incongruência entre os tipos subjetivo e objetivo do ilícito, porquanto aquele exige que o perpetrador atue com uma *intentio* cuja concretização não é demandada por este.²³⁷ Não se há de confundir essa exigência com o denominado dolo intencional ou de primeiro grau, visto que esse elemento subjetivo específico, diversamente do que ocorre com as diferentes modalidades de *dolus*, não tem por objeto factuais respeitantes ao tipo objetivo²³⁸.

Os crimes de intenção subdividem-se em duas espécies: os de resultado cortado (ou melhor, de duplo resultado²³⁹), por um lado, e os de ato cortado (ou de dupla ação – *rectius* de múltiplas ações²⁴⁰), por outro. Quanto aos primeiros, há de referir-se que exigem, para além da produção do resultado típico – no caso da perseguição, a privação grave e internacionalmente ilícita de um direito fundamental do indivíduo –, a intenção de, por força da própria ação típica, gerar um segundo resultado – como seja a exclusão

²³³Vide: Yann JUOVICS, *Réflexions...*, cit., pp. 85-95. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persecucion...*, cit., pp. 392-394. Yann JUOVICS, «Article 7»..., cit., p. 592.

²³⁴ António, CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, policopiado, 1976, pp. 93-94.

²³⁵ Yann JUOVICS, *Réflexions...*, cit., p. 86.

²³⁶ A respeito desse último conceito: Jorge Reis NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade, Edições Almedina, Coimbra, 2016, 107-111,

²³⁷ Otto TRIFFTERER, «Can the “Elements of Crimes” narrow or broaden responsibility for criminal behaviour defined in the Rome Statute?», in *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (Carsten STAHN/ Göran SLUITER eds.), Martinus Nijhof Publishers, Leiden/ Boston, 2009, pp. 381-382

²³⁸ Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal...*, cit., pp. 443-444. Américo Taipa de CARVALHO, *Direito Penal. Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica Editora, Porto, 3. ed., 2016, p. 287.

²³⁹ Américo Taipa de CARVALHO, *Direito Penal...*, cit., pp. 287-288.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 288.

social das vítimas –. Quanto aos segundos, a distinção reside no facto de o resultado ultratípico assumir-se como o produto potencial de novas ações a praticar pelo agente ou por um coautor²⁴¹. As perseguições (tal como o genocídio²⁴²) podem ocorrer em qualquer uma dessas variedades.

Assim, a conduta persecutória deve necessariamente visar a exclusão de uma ou de mais pessoas da sociedade em que se inserem – ou da própria humanidade²⁴³. Dessa maneira, a *mens rea* desse crime insere-se numa *linha de continuidade* com o *apartheid* e com o genocídio. As três infrações devem ser consideradas *persecution type crimes*, porquanto demandam – no que toca ao elemento subjetivo específico – o propósito do agente de remover as vítimas do corpo social. Para o *apartheid*, esse apartamento consistirá na manutenção de um regime institucionalizado de opressão e de domínio de um grupo rácico sobre um ou outros²⁴⁴, ao passo que, para o genocídio, já reconhecido como pertinente ao mesmo *genus* da perseguição²⁴⁵, se consubstanciará na destruição física ou biológica de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso²⁴⁶.

Dessarte, entendemos que o tipo incriminador da perseguição deva ser lido de modo restritivo, de modo que se exija ao agente um *animus persecuendi* nos termos expostos. Abonam a favor dessa conclusão não só as repetidas referências a esse elemento específico pelos tribunais internacionais, mas também a falta de determinabilidade do *actus reus* da perseguição, que convida a um maior estreitamento da respetiva *mens rea*.

²⁴¹ Otto TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag, Wien, 2. Auflage, 1994, pp. 67, 95. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., p. 319. Claus ROXIN/ Luís GRECO, *Strafrecht...*, cit., p. 416. Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, cit., p. 162.

²⁴² Alicia GIL GIL, «El crimen de genocidio», in *Derecho penal internacional* (Alicia GIL GIL/ Elena MACULAN dir.)..., cit., pp. 399,409-410.

²⁴³Kriangsak KITTICHAISAREE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 120. Claire de THAN/ Edwin SHORTS, *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet & Maxwell, London, 2003, p. 106. Stephan MESEKE, *Der Tatbestand...*, cit., p. 250. Margalida CAPPELÀ I ROIG, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 242, 388. Andreana ESPOSITO / Gianluca GENTILE/ Maria Teresa TRAPASSO, «I crimini contro l'umanità»..., cit., p. 711. Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 286, 440 (nota 942). Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persecucion...*, cit., p. 392. Wibke K. TIMMERMANN, *Incitement in International Law*, Routledge, Abingdon/ New York, 2015, pp. 144, 150-151, 162-163, 197. Yann JUROVICS, «Article 7»..., cit., p. 592. Com entendimento contrário, vide, por exemplo: Christine BYRON, *War crimes...*, cit., pp. 229, 234. Kai AMBOS, *Internationales...*, cit., p. 284. Referindo-se quer à definição postulada em *Kupreškić*, quer à defendida em *Blaškić*: Antonio CASSESE, *Cassese's International...*, cit., p. 45.

²⁴⁴ Art. 7.º/2/h) ERTPI.

²⁴⁵ ECCC (SCC), Kaing Guek Eav *alias* Duch, Appeal Judgement, No. 001/18-07-2007, 3.2.2012, §268.

²⁴⁶ Art. 6.º ERTPI.

Em relação à crítica de que tal requisito colocaria a perseguição num patamar equivalente ou quase equivalente ao genocídio²⁴⁷, respondemos que ainda subsistem diferenças relevantes entre ambos.

Se a intenção atípica genocidária volta-se para um grupo e concerne à sua destruição, o *animus* persecutório, tal como Janus, possui uma dupla face: pode dirigir-se à coletividade ou a apenas alguns – ou mesmo a um só – dos seus integrantes e basta-se com a negação da qualidade de *socius* da vítima²⁴⁸. Nesse sentido, se a perseguição é realizada com o recurso à comissão de um outro crime contra a humanidade (como sói acontecer), a reificação da vítima pressuposta por essa conduta criminosa de per si, em razão da sua altíssima gravidade, corresponderá ao cumprimento na realidade objetiva do resultado extratípico visado. Não obstante, se a conduta do perseguidor passar por comportamentos não tipificados, como na hipótese de traduzir-se num discurso de ódio ou num atentado ao direito fundamental à educação, torna-se essencial restringir a aplicação do direito internacional penal às condutas mais hediondas. O mesmo raciocínio vale em comparação com o *apartheid*.

Tendo em atenção a natureza da perseguição, está afastado, em relação ao objeto da *intentio*, a imputação a título de negligência ou mesmo de *dolus eventualis*. Com efeito, de uma banda, atendendo à lógica de meios e fins própria dos crimes de intenção, é preciso que se verifique uma “eficácia motivante” da representação do resultado excludente ou a menos uma “representação segura” da sua ocorrência como consequência necessária do preenchimento do tipo objetivo. De outra, é necessário contrabalancear a menor determinabilidade dos elementos objetivos da infração com uma intensificação das exigências associadas à *mens rea*²⁴⁹. A conclusões similares chegou a doutrina com respeito ao *delictum* de genocídio²⁵⁰.

²⁴⁷ Assim: Christine BYRON, *War crimes...*, cit., p 229.

²⁴⁸ Vide, no que respeita ao contraste entre o genocídio e a perseguição: Caroline FOURNET/ Clotilde PÉGPRIER, ‘Only One Step Away From Genocide’: *The Crime of Persecution in International Criminal Law*, ICLR, Vol. 10, Leiden, 2010, *passim*, especialmente pp.736-738.

²⁴⁹ Lorenzo PICOTTI, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli elementifinalistici delle fattispecie penali*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 608-609.

²⁵⁰ Eduardo CORREIA BAPTISTA, «O Crime de Genocídio», in *O Tribunal Penal Internacional e a transformação...*, cit., pp. 44-55 (excluindo mesmo o dolo necessário). Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., p. 356. Porém, admitindo o dolo eventual: Alicia GIL GIL, «El crimen de genocidio», in *Derecho penal internacional* (Alicia GIL GIL/ Elena MACULAN dir.), Editorial Dykinson, Madrid, 2. ed., 2019, pp. 416-419.

No que respeita à prova desse elemento subjetivo, são importantes o comportamento do arguido e as circunstâncias em torno da infração²⁵¹. É necessário verificar na pessoa do autor (aquele que praticou a infração consoante o artigo 25.º/3/a) ERTPI) o móbil persecutório, uma vez que não se pode deduzir a intenção da natureza discriminatória do ataque que lhe serve de contexto²⁵². O mesmo valerá para o ordenante²⁵³ e para o instigador (aquele que provoca ou que instiga a prática de crime)²⁵⁴ previstos no art. 25.º/3/b) ERTPI, mas certamente não para os cúmplices²⁵⁵, nem para o superior hierárquico responsável nos termos do art. 28.º ERTPI²⁵⁶, ao qual basta conhecer ou ter razões para conhecer do *animus* do seu subordinado²⁵⁷.

Em síntese, integram a *mens rea* do crime contra a humanidade de perseguição não somente o dolo, nas modalidades direta ou necessária, senão também um específico elemento subjetivo do ilícito – de cariz ultratípico – consubstanciado na intenção de apartar as vítimas (selecionadas em função de critérios particulares) da sociedade em que vivem, ou até da própria humanidade, *scilicet*, o *animus persecuendi*.

3.2.2 O *actus reus*

Importa agora tratar dos elementos objetivos da infração persecutória. A perseguição implica a privação de um direito fundamental ao mesmo tempo grave e ilícita à luz do direito internacional. O Estatuto de Roma, não obstante, não especifica que qualidade faz de um direito “fundamental”. Tampouco define como se deve medir a gravidade da conduta. Dessa sorte, é mister proceder a uma análise cuidada do *actus reus* da perseguição, de modo que se determine se as exigências do princípio da legalidade penal se encontram respeitadas.

²⁵¹ ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, §2739.

²⁵² ICTY (AC), Prosecutor v. Krnojelac, Judgement, 17.9.2003, §184.

²⁵³ Que, de facto, é coautor: Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., p. 240.

²⁵⁴ Vide (a respeito do crime de genocídio): Pedro CAEIRO/ Miguel Ângelo LEMOS, *Genocídio e Cumplicidade*, RPCC, Ano 23, N.º 3, Coimbra, 2013, p. 481. Kai AMBOS, *Internationales...*, cit., p. 256. Com entendimento oposto: Gerhard WERLE/ Florian JESSBERGER, *Principles...*, cit., p. 257.

²⁵⁵ Por exemplo: ICTY (AC), Prosecutor v. Krnojelac, Judgement, 17.9.2003, §52.

²⁵⁶ Em rigor, o artigo 28.º ERTPI apresenta um crime autónomo de omissão própria, distinto da perseguição: Ana Isabel Rosa PAIS, *O Direito Penal Internacional e a Responsabilidade...*, cit., p. 111.

²⁵⁷ Guénaél METTRAUX, *International Crimes...*, cit., p. 655.

Em vista da pouca determinabilidade do tipo objetivo, defendemos uma leitura restritiva desse *crime under international law*. Dessa sorte, alvitramos que a severidade do comportamento discriminatório seja interpretada à luz do específico *animus persecuendi*, de maneira que só sejam relevantes as atuações que razoavelmente possam conduzir à efetiva remoção da vítima da sociedade em que se insere.

3.2.2.1 A privação de um direito fundamental

De facto, não possuem relevância típica as ações ou omissões que, conquanto discriminatórias, não resultem na privação da vítima do gozo de um direito fundamental. Assim, afastam-se do âmbito de aplicação do direito internacional penal as discriminações que (ainda que proibidas pelo direito interno do Estado) sejam tidas como menos ofensivas aos bens jurídicos mais valiosos da comunidade internacional, em atenção ao princípio da *ultima ratio* concernente a esse ramo jurídico²⁵⁸.

Entendemos, em concordância com Wenke Brücker, que os direitos fundamentais para efeitos da disposição sejam aqueles acolhidos pelo *ius cogens* internacional ou que, pelo menos, tenham sua fonte no direito consuetudinário geral²⁵⁹. Dessa sorte, é necessário que os direitos violados pelo perseguidor tenham um reconhecimento próximo do universal²⁶⁰, de modo que o seu conteúdo e sua amplitude se apresentem como claros para o arguido e de maneira que o princípio da legalidade penal seja respeitado.

A inderrogabilidade do direito, posto que tenha um valor indiciário²⁶¹ do seu carácter “fundamental”, não é determinante para o crime de perseguição²⁶². Há, com efeito, direitos que se mostram insuscetíveis a derrogação não em função da sua maior importância, mas sim por força de considerações acerca da necessidade de sua

²⁵⁸ Vide: Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., p. 291.

²⁵⁹ Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, cit., pp. 342-343.

²⁶⁰ Guénaél METTRAUX, *International Crimes...*, cit., p. 614. Algumas delegações desejavam incluir o requisito da universalidade. A fórmula prevista é uma solução de consenso. Georg WITSCHHEL/ Wiebke RÜCKERT, Wiebke, «The Elements of Crimes»..., cit., p. 96.

²⁶¹ Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, cit., p. 342.

²⁶² ICC (PTC III), Public Redacted Version of “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on te Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi”, ICC-01/17-X, 9.11.2017, §132. CPI (Chambre Préliminaire I), Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, 13.11.2019, §664 ICC (PTC III), Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on te Authorization of an Investigation into the Situation in the People’s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19, 14.11.2019, §101.

derrogação mesmo em situações emergenciais – será porventura o caso da proibição de prisão por não cumprimento de dever contratual prevista no art. 11.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos²⁶³.

O TPI reconhece particular relevância às disposições da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos dois Pactos sobre Direitos Humanos da ONU, assim como a outros instrumentos de direito internacional humanitário e dos direitos humanos²⁶⁴. Podem-se listar como exemplos a liberdade de associação e de reunião e os direitos à vida, à liberdade, à segurança, à educação, a não ser submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante e a não ser sujeito a prisão arbitrária, entre outros²⁶⁵.

Inclui-se entre as possibilidades o direito de propriedade privada²⁶⁶. Tal direito não se encontra nos Pactos Internacionais sobre os Direitos Civis e Políticos e sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e, na Declaração Universal de 1948²⁶⁷, embora haja sido previsto no artigo 17.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁶⁸. Isso posto, as ofensas aos bens dos particulares podem constituir verdadeiras infrações persecutórias²⁶⁹, desde que cumprido o requisito de gravidade. Será o caso, assim entendemos, do confisco e da destruição em escala importante de objetos com significado cultural ou religioso para membros de determinado grupo, como sejam os *amuletos* visados pelos perseguidores em Tombouctou, dentro de um contexto particular de graves e variadas violações dos direitos humanos de uma população civil²⁷⁰. Já temos, sem embargo, sérias dúvidas quanto à importância a atribuir à apreensão forçada pelos agentes de produtos alcoólicos e de fumo²⁷¹. Mesmo

²⁶³ Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, cit., p. 338.

²⁶⁴ ICC (TC VI), Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgement, ICC-01/04-02/06, 8.7.2019, § 991

²⁶⁵ Vide, com grande riqueza de exemplos: Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., pp.283-291 Guénaél METTRAUX, *International Crimes...*, cit., pp. 614-617. Joseph POWDERLY/ Niamh HAYES, «Article 7- Persecution»..., cit., pp. 295-298.

²⁶⁶ ICC (PTC III), Public Redacted Version of “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on te Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi”, ICC-01/17-X, 9.11.2017, §132. CPI (Chambre Préliminaire I), Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, 13.11.2019, §664. ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trail Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, § 2733.

²⁶⁷ William A. SCHABAS, *Relationships...*, cit., p. 334.

²⁶⁸ Assim: Fausto de QUADROS, *A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 155-158. Dessarte, o próprio TPI, ao discutir esse direito, remete para a Declaração Universal. Vide: ICC (TC IX), Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trail Judgement, ICC-02/04-01/15, 4.2.2021, § 2733 (nota 7190).

²⁶⁹ ICTY (TC), Prosecutor v. Duško Kupreškić *et al.*, Judgement, 14.2.2000, §631.

²⁷⁰ CPI (Chambre Préliminaire I), Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, 13.11.2019, §684.

²⁷¹ *Ibidem*.

acompanhada de outras condutas persecutórias, não nos parece ser suscetível de causar prejuízos de tal modo profundos para os particulares que se assemelhe aos demais crimes contra a humanidade²⁷². Nunca obstante, em abstrato, a propriedade privada constitui um direito fundamental tutelado pelo tipo dos artigos 7.º/1/h) e 7.º/2/g) do Estatuto e reconhecido pelo direito costumeiro²⁷³

Do mesmo modo, violações de direitos coletivos ou difusos partilhados pelas vítimas são tipicamente relevantes. No caso *Al Hassan*, ataques a bens culturais especialmente relevantes para o grupo perseguido foram considerados como persecutórios. Dessarte, a destruição de mausoléus contendo sepulturas de indivíduos vistos como “santos”²⁷⁴ regularmente visitadas e reverenciadas pela população civil consistiu não só num crime de guerra de ataque a bens protegidos, como também num *delictum* de perseguição²⁷⁵.

3.2.2.2 A ilicitude da privação à luz do direito internacional

Relativamente ao requisito da contrariedade ao direito internacional da ofensa ao direito da vítima, explicitado pela presença no artigo 7.º/2/g) ERTPI da fórmula “em violação do direito internacional”, duas interpretações se descortinam. Por um lado, a disposição pode ser lida como referência à necessidade de uma verificação positiva de uma norma proibitiva da conduta no direito internacional. Por outro, significaria tão apenas a irrelevância típica da privação de um direito fundamental numa hipótese juridicamente permitida²⁷⁶.

Preferível é a segunda interpretação, segundo a qual o elemento significa “que não existe justificação no direito internacional para o impedimento do direito respetivo”²⁷⁷. Com efeito, a primeira apresenta uma clara circularidade, pois – em se tratando de uma interdição de condutas de agentes particulares (é disso que trata o direito internacional penal) – os atos dos indivíduos não de ser internacionalmente ilícitos na medida em que

²⁷² Sobre os ataques à propriedade privada no crime de perseguição: Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., pp. 438.439.

²⁷³ Assim: Fausto de QUADROS, *A protecção da propriedade...*, cit., p. 175.

²⁷⁴ CPI (Chambre Préliminaire I), Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, 13.11.2019, §524-525.

²⁷⁵ *Ibidem*, §§531, 673, 707.

²⁷⁶ Sarah ERNE, *Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Straftatbestands der Verfolgung*, Nomos, Baden-Baden, 2016, p. 366.

²⁷⁷ ICC (TC VI), Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgement, ICC-01/04-02/06, 8.7.2019, § 993.

violem a norma tipificadora, a qual por sua vez, pressupõe que o comportamento seja proibido²⁷⁸.

3.2.2.3 A gravidade do ato persecutório

No que concerne à gravidade requerida pela infração persecutória, a doutrina e jurisprudência vêm apresentando várias e distintas chaves de resposta. Sublinhe-se, desde já, que em atenção à natureza do direito internacional penal como *ultimum remedium* para a proteção de bens jurídicos, apenas condutas particularmente danosas podem relevar para a responsabilização individual. Dessa sorte, bem fizeram os redatores do Estatuto de Roma ao exigirem um patamar de severidade para os atos constitutivos da perseguição. Sem embargo, a mera referência a esse elemento, sem a sua explicitação, levanta delicados problemas de compatibilidade com as exigências do *nullum crimen sine lege*.

De facto, posicionou-se Sarah Erne no sentido da impossibilidade de adequá-lo ao princípio da legalidade penal²⁷⁹. Tal não nos parece, contudo, o caso, desde que procedamos a uma leitura *restritiva* do tipo incriminador.

Nesse sentido, atendendo à *mens rea* persecutória, o perseguidor age necessariamente com o fito de excluir as vítimas da sociedade em que se inserem. Sendo o *animus persecuendi* um elemento subjetivo transcendente ao tipo, não há a necessidade da verificação na realidade objetiva do resultado pretendido. Nunca obstante, o evento visado deve ser, ainda assim, *realizável*²⁸⁰. Por outras palavras, à luz da conduta concreta do perpetrador, o seu propósito não deve se mostrar irrealista²⁸¹.

Dessa sorte, entendemos que devem ser tipicamente irrelevantes aquelas condutas que não sirvam realisticamente ao fim excludente do agente. Pensemos, por exemplo, numa hipótese de discurso de ódio dirigido contra determinada coletividade²⁸². Pressupondo

²⁷⁸ Sarah ERNE, *Das Bestimmtheitsgebot...*, cit., p. 366.

²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 366-367.

²⁸⁰ *Vide*, sobre os crimes de intenção: Lorenzo PICOTTI, *Il dolo specifico...*, cit., pp. 519-520.

²⁸¹ A propósito do crime de genocídio: Antonio VALLINI, MATI, Enrico/ MACULAN, Elena, «La mens rea», in *Introduzione al Diritto Penale Internazionale* (Enrico AMATI/ Matteo COSTI/ Emanuela FRONZA/ Paolo LOBBA/ Elena MACULAN/ Antonio VALLINI), 4. ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, p. 189.

²⁸² Sobre essa conduta, e em relação ao crime de perseguição: KUSCHNIK, Bernhard, *Der Gesamtatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Herleitung, Ausprägungen, Entwicklungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, pp. 425-435. Fausto POCAR, *Persecution as a Crime Under*

que o discurso resulte na privação do direito fundamental à segurança²⁸³ das vítimas, o que o tribunal deverá determinar – em primeiro lugar – perante uma acusação de perseguição é se é razoável concluir que a conduta, atendendo ao seu específico contexto, possa abrir o caminho para a (eventual) remoção de indivíduos do corpo social. Será assim quando o próprio comportamento persecutório consistir num crime contra a humanidade²⁸⁴, mas não necessariamente se se tratar de um outro crime internacional. Por exemplo, a destruição de bens protegidos enquanto crime de guerra foi relevada pelo Juízo de Instrução no caso *Al Hassan* como perseguição, ao passo que uma conduta similar, no caso *Al Mahdi* (em outro contexto), não o foi²⁸⁵.

O relevante é que os atos de perseguição sejam avaliados em conjunto, de modo a determinar se atingem a gravidade exigida solitariamente ou combinados com outros²⁸⁶. Dessa sorte, as condutas discriminatórias podem, como explana Ferreira de Almeida, baseando-se em Wirth e em Ambos, ser divididas em três grupos: as que por si só são severas o suficiente, as que alcançam esse patamar em combinação com outras e as que mesmo ao lado de outros atos são tipicamente irrelevantes²⁸⁷.

Curiosamente, o TPI nunca aplicou expressamente o critério *ejusdem generis* sufragado pelo TPIJ, segundo o qual as condutas persecutórias deveriam ser no mínimo tão graves como os demais crimes contra a humanidade²⁸⁸. No entanto, ao reconhecer, no caso *Ntaganda*, que os *murder type crimes* têm por regra a gravidade necessária ao crime de perseguição, parece não se ter desviado desse requisito formulado em *Kupreškić*²⁸⁹. Desse modo, a perseguição deve levar a um sofrimento da vítima que não seja inferior àquele provocado pelos demais crimes contra a humanidade.

Não acompanhamos, contudo, a posição de Lafuente, para quem a perseguição se deve circunscrever às ofensas à integridade física e psíquica, à liberdade e à propriedade

International Criminal Law, JNSLP, Vol. 2, Washington, DC, 2008, pp. 360-361. GORDON, Gregory S., *Hate Speech and Persecution: A Contextual Approach, VJTL*, Vol. 46, N. 2, Nashville, 2013, *passim*.

²⁸³ Vide: MICT (AC), Prosecutor v. Šešelj, Judgment, MICT-16-99-A, 11.4.2019, § 156-166.

²⁸⁴ ICC (TC VI), Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment, ICC-01/04-02/06, 8.7.2019, § 994.

²⁸⁵ ICC (TC VIII), Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Madhi, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15, 27.9.2019, §§ 11-18. No entanto, talvez o julgamento fosse outro se a Procuradoria houvesse apresentado uma acusação respeitante ao crime contra a humanidade de perseguição.

²⁸⁶ ICC (TC VI), Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment, ICC-01/04-02/06, 8.7.2019, § 993.

²⁸⁷ Kai AMBOS/ Steffen WIRTH, *The current law...*, *cit.*, p. 76. António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, *cit.*, p. 437.

²⁸⁸ Jonas NILSSON, «The Crime of Persecution in the ICTY Case-law», in *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (Beth SWART/ Alexander ZAHAR/ Göran SLUITER eds.), Oxford University Press, Oxford/ New York, 2011, pp. 230-233. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, *cit.*, pp. 296-304.

²⁸⁹ ICTY (TC), Prosecutor v. Duško Kupreškić *et al.*, Judgment, 14.2.2000, §§ 619, 621.

vital²⁹⁰. Essa posição ignora a grande variedade de comportamentos discriminatórios que podem adotar os perpetradores e muito especialmente deixa desprotegidos aqueles bens supraindividuais que só são tutelados pelo direito internacional em tempo de paz pelo tipo de perseguição. Também dificulta o contraste desse crime com a própria prática de genocídio, ao elevar – a nosso ver – excessivamente o requisito de gravidade demandado aos autores.

Tampouco vemos, em contraste com autores como Wenke Brücker, na existência de um contexto persecutório mais amplo um novo elemento do crime²⁹¹. Se é certo que amiúde a conduta individual do autor se insere num sistema de perseguição o qual a agrava e amplia a possibilidade da produção do resultado atípico visado pelo agente, é perfeitamente possível que o infrator atue solitariamente no que toca ao específico desígnio persecutório.

Com efeito, não se justifica uma duplicação do elemento contextual já existente para a generalidade dos crimes contra a humanidade. O que torna a perseguição danosa para a vertente coletiva da dignidade humana é precisamente o mesmo fator que existe para os *murder type crimes*, *scilicet* a prossecução de uma política discriminatória *latissimo sensu* de um Estado ou de uma organização contra qualquer população civil. O programa estatal (ou organizacional) não necessita, todavia, de assumir feição persecutória. Os perpetradores individuais atuarão consoante os seus próprios propósitos, não sendo necessário provar em terceiros o *animus* exigido à pessoa do agente.

Impõe-se, todavia, interpretar restritivamente o requisito de gravidade dos atos persecutórios, não se ficando pelo “remendo jurídico”²⁹² do teste *ejusdem generis*. Esse, dada a multiplicidade de possibilidades de atos constitutivos de perseguição, violadores de direitos quer de direitos individuais, quer de coletivos (não se bastando, à diferença dos “outros atos desumanos” do art. 7.º/1/k), com grande sofrimento, ferimentos graves ou afetação da saúde mental ou física), não resolve de per si a falta de concreção do tipo incriminador.

²⁹⁰ Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La construcción...*, cit., pp. 142-143.

²⁹¹ Wenke BRÜCKNER, *Minderheitenschutz...*, cit., p. 306. Também, defendendo uma conceção de “perseguição-sistema”: Jérôme de HEMPTINNE, *Controverses relatives à la définition du crime de persécution*, RTDH, n.º 53, Bruxelles, 2003, pp. 45-47.

²⁹² Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La construcción...*, cit., p. 141.

Desse modo, seguindo Wenke Brücker, entendemos que a privação grave de um direito fundamental será aquela que impossibilita ou torna muito difícil o exercício desse direito de tal sorte que, enquanto durar a privação, o gozo de uma vida digna não é possível²⁹³. Acrescentamos, todavia, que essa privação deve servir realisticamente ao intento de remover a vítima do corpo social ou mesmo da própria humanidade. À luz desses fatores, a perseguição afetará necessariamente a dimensão coletiva da humanidade de modo similar aos *murder type crimes* e demandará a intervenção do direito internacional penal.

Em resumo, a privação dos direitos fundamentais da vítima assume relevância típica quando abrir a via para a exclusão do grupo ou de alguns dos seus integrantes da comunidade em que se inserem, desde que a infração persecutória não se mostre em concreto menos grave que os restantes crimes contra a humanidade.

3.2.3 O requisito de ligação

A exigência de que o crime contra a perseguição seja praticado com relação com qualquer ato referido no artigo 7.º ERTPI ou com qualquer crime da competência do Tribunal merece agora um breve comentário.

Trata-se, com efeito, de um “avatar arcaico”²⁹⁴ do antigo requisito de conexão existente no Estatuto de Nuremberga. Não é imposto pelo direito consuetudinário²⁹⁵; mas a sua inclusão no ERTPI buscou remediar a falta de concreção do *actus reus*, estabelecendo um “umbral jurisdicional”²⁹⁶, um mecanismo de filtragem das condutas discriminatórias potencialmente menos sérias²⁹⁷.

Dessarte, o ato do perseguidor deve ligar-se ou a um crime de guerra, de genocídio ou de agressão na sua forma completa, ou com um ato individual previsto no artigo 7.º. Nessa última hipótese, não é exigível que a conduta persecutória se conexe com um

²⁹³ Assim: *Minderheitenschutz...*, *cit.*, p. 354.

²⁹⁴ Yann JUROVICS, «Article 7»..., *cit.*, p. 597.

²⁹⁵ Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, *cit.*, pp. 434-435. Antonio CASSESE, *Cassese's International...*, *cit.*, p. 107. Guénaél METTRAUX, *International Crimes...*, *cit.*, pp. 672-673. Gerhard WERLE, Florian JESSBERGER, *Principles...*, *cit.*, p. 427.

²⁹⁶ Hugo RELVA, «Crímenes»..., *cit.*, p.162.

²⁹⁷ Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, *cit.*, pp. 293-294. Vide ainda: ICC (PTC III), Public Redacted Version of “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi”, ICC-01/17-X, 9.11.2017, §131.

outro crime contra a humanidade, bastando, por exemplo, que se verifique um elo com um homicídio ou com uma violação não constitutivos de *crimes under international*, porquanto ficam pelo estágio de *delicta* de direito interno²⁹⁸.

Esse requisito está decerto preenchido quando a ação persecutória consubstancie um diverso crime internacional. Não é necessário, contudo, que seja sempre assim, pois as perseguições podem envolver atos de natureza e dimensão muito diversas²⁹⁹. No caso *Al Hassan*, o TPI considerou como persecutórias múltiplos comportamentos que não constituíam de per si crimes internacionais, como a proibição de práticas tradicionais, religiosas e culturais, a restrição das liberdades de circulação e de associação e o controlo das liberdades ligadas ao ensino³⁰⁰.

A manutenção desse requisito jurisdicional, o qual, refira-se, não precisa de se refletir na *mens rea* do perpetrador³⁰¹, é criticável por três ângulos³⁰². Em primeira linha, o Estatuto não explicita como a conexão deve ser estabelecida³⁰³. Ademais, a presença dessa ligação, principalmente quando o outro ato não constitui um crime contra a humanidade, mas um crime de guerra menos gravoso ou uma infração de direito interno, não é garante da gravidade da perseguição³⁰⁴. Essa barreira imposta ao conhecimento do Tribunal de certas condutas persecutórias pode resultar, por fim, na impunidade de autores que de facto violem de forma severa os direitos fundamentais dos indivíduos no contexto de um ataque generalizado ou sistemático alicerçado numa política estatal ou organizacional, potencialmente de modo muito mais grave que um outro perseguidor que atue conexiado com um crime de guerra, como seja o uso indevido de insígnias militares (art. 8.º/2/b)/vii ERTPI).

Igualmente infeliz foi a inclusão no Projeto de Artigos da CDI do referido elemento de ligação (aqui, de modo mais restritivo, pois não autoriza conexões com os crimes de

²⁹⁸ Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., p. 434.

²⁹⁹ Jérôme de HEMPTINNE, *Controverses...*, cit., p. 27. Recusamos, na senda de Hemptinne, a posição oposta, para a qual a perseguição se basearia sempre em atos não constitutivos dos *murder type crimes*: Alain RENAUT, *Le crime contre l'humanité, le droit humanitaire et la Shoah, Philosophie*, N. 67, Paris, 2000, p. 23.

³⁰⁰ CPI (Chambre Préliminaire I), Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18, 13.11.2019, §683.

³⁰¹ Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., p. 439.

³⁰² Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La construcción...*, cit., p. 142.

³⁰³ A jurisprudência, outrossim, mostra-se de pouca ajuda: Guénaël METTRAUX, *International Crimes...*, cit., pp. 674-675.

³⁰⁴ Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade...*, cit., p. 435.

guerra, de agressão ou de genocídio)³⁰⁵. Tal opção deveu-se, consoante os Comentários da Comissão a duas ordens de razões. Por um lado, para afastar a incriminação de condutas discriminatórias que não atinjam o nível de gravidade dos crimes contra a humanidade. Por outro, por consideração do reconhecimento de que a fórmula aberta de “outros atos desumanos” seria suficiente³⁰⁶. Não estamos de acordo, pois melhor seria concretizar o tipo persecutório pela densificação dos seus elementos que acrescentar outros e, outrossim, a referência aos outros atos desumanos, limitada às condutas que causem grande sofrimento, ou sério dano ao corpo ou a saúde física ou mental, não é ampla o bastante para abranger todos os atos persecutórios – pensemos, por exemplo, nas violações dos direitos difusos da coletividade.

Em síntese, a exigência de que a perseguição se conexe com um outro crime da competência do Tribunal Penal Internacional ou com um ato referido noutro tipo penal de crime contra a humanidade é, de uma banda, desnecessária, e de outra, excessivamente restritiva.

5. A perseguição – um crime de intenção contra a igualdade

O crime contra a humanidade de perseguição, com efeito, apresenta claros contrastes com os demais *crimes under international law* no geral e com as outras infrações da sua categoria, em particular. As diferenças são patentes quer no tange ao *actus reus*, quer no que concerne à *mens rea*.

A sua marca distintiva, é, com efeito o *animus persecuendi*. A perseguição distingue-se de todos os crimes internacionais, à exceção do genocídio e do *apartheid* que se inserem na categoria ampla de *persecution type crimes*, pela exigência de um elemento subjetivo específico transcendente ao tipo consubstanciado na intenção de remover da sociedade uma ou várias vítimas selecionadas a partir de determinados critérios discriminatórios. Em se tratando, assim, de um crime de intenção, pode apresentar-se como *delictum* de resultado duplo ou de ações múltiplas.

³⁰⁵ ILC, *Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity*, 2019, Article 2, §1/h).

³⁰⁶ ILC, *Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity with Commentaries*, 2019, p. 44.

O relevante é que o perpetrador tenha ele próprio o móbil persecutório, o qual não pode ser deduzido do contexto em que sua conduta se insere. De facto, a generalidade dos crimes contra a humanidade pressupõe, enquanto elemento político, a elaboração e a implementação de um programa discriminatório em sentido amplo. Amiúde o perseguidor atuará como instrumento dessa política, fazendo seus os objetivos da organização ou do Estado por detrás do ataque a uma população civil. Nunca obstante, o tipo específico da perseguição interessa-se em primeira linha pelo intento do agente individual, que não necessariamente se identificará com o de outras pessoas.

Essa intenção específica deve, outrossim, ser realisticamente realizável. Nesse sentido, os atos de perseguição hão de ser de tal maneira graves que a vítima seja colocada numa situação de impossibilidade de conduzir uma vida digna, a qual pode degradar-se ao ponto da perda da própria condição de *socius*. Dessa maneira, nunca podem ser consideradas persecutórias as condutas que não se mostrem tão graves como o restante dos crimes contra a humanidade.

Por ser essencialmente tal intenção discriminatória o elemento que justifica a existência da incriminação, percebe-se que a forma concreta da privação dos direitos fundamentais das vítimas não seja definível. Em princípio, quaisquer atos ou omissões podem ser persecutórios, a depender do *animus* do agente e do contexto específico de sua conduta.

Nesse sentido, o tipo penal de perseguição tutela um *bem jurídico complexo*.³⁰⁷ . Defende valores tão díspares como a vida, a liberdade, a segurança, ou mesmo o meio-ambiente³⁰⁸ e, para além deles um bem jurídico específico.

Dessarte, para Meyrowitz, as perseguições por motivos raciais, políticos ou religiosos poderiam ofender, por exemplo, bens como a honra³⁰⁹ ou os direitos políticos e a liberdade religiosa³¹⁰.

Isso posto, quando confrontado com o caso *Tadić*, o TPIJ pronunciou-se sobre o crime deste modo:

³⁰⁷ Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La construcción...*, cit., p. 144.

³⁰⁸ Göran SLUITER/ STRAATEN, Barbara van STRAATEN, *Ecocide als internationaal misdrijf? Perspectiven op vervolging en berechting*, BSb, Vol 1, N. 3, Den Haag, 2020, p. 131.

³⁰⁹ Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands...*, cit., p. 269

³¹⁰ *Ibidem*, p. 272.

“É a violação do direito à igualdade de uma maneira séria que afete o gozo de um direito básico ou fundamental”³¹¹

Maria Leonor de Assunção, por sua vez, define o bem jurídico tutelado pela perseguição como:

“A igualdade de cada um e de todos os seres humanos negada pela violação de direitos fundamentais”³¹².

Outrossim, nessa linha, Lorenzo Picotti refere-se à liberdade de exercício dos direitos políticos e civis, mas comungada com a *proibição de discriminação*³¹³. Com efeito, a conduta persecutória não afeta a dimensão positiva da igualdade, mas tão somente a sua vertente negativa. É a imposição a um indivíduo de um tratamento discriminatório internacionalmente ilícito ofensivo de um direito fundamental que caracteriza a infração. Dessa sorte, o tipo penal não procura defender o direito autónomo à igualdade em todos os seus aspetos³¹⁴.

A definição mais completa do bem jurídico salvaguardado, todavia, parece-nos ser a de Lafuente, para quem ele constitui:

“A não discriminação de um modo tão grave que afete bens jurídicos de tipo vital, tais como a vida, a integridade física e moral, a liberdade e a propriedade essencial para a sobrevivência digna”³¹⁵.

Sem embargo, como já referimos *supra*, não nos parece adequado restringir os valores protegidos pela perseguição àqueles de cariz vital. Não há, a nosso ver, nenhuma restrição quanto aos bens jurídicos tutelados pelo crime, salvo a de serem concretizáveis e dignos de proteção penal. Podem ser de natureza individual ou coletiva, consoante a orientação da conduta do agente.

³¹¹ ICTY (TC II), Prosecutor v. Duško Tadić, Judgement, 7.5.1997, §697. Vide: Olivia SWAAK-GOLDMAN, «Persecution», in *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law* (Gabrielle Kirk McDONALD/ Olivia SWAAK-GOLDMAN eds.), Volume I, Kluwer International Law, The Hague, 2000, p. 253.

³¹² Maria Leonor E. de Campos ASSUNÇÃO, «Apontamento»..., *cit.*, p. 101. De modo semelhante, vide: Olivier de FROUVILLE, *Droit international...*, *cit.*, p. 187.

³¹³ Lorenzo Picotti, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, IP, Anno VI, N. ° 1, Verona, 2003, 281.

³¹⁴ Assim: Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, *cit.*, pp. 246, 242-248.

³¹⁵ Alfredo LIÑAN LAFUENTE, *La construcción...*, *cit.*, p. 144.

Nesse sentido, o tipo penal persecutório tem como função proteger os indivíduos de quaisquer privações dos seus direitos fundamentais, desde que a sua permanência no *corpus* social seja posta em causa. Em outras palavras, o que se tutela é a igualdade negada pela remoção das vítimas da sociedade.

Similarmente, Rosa Ana Alija Fernández, na dissertação sobre o tema, propôs uma reformulação do tipo, de modo que protegesse a *personalidade jurídica*³¹⁶. Dessa maneira, para a Autora a perseguição deve ser reformulada de modo a abranger unicamente a exclusão fática ou legal de um ser humano tanto das relações jurídicas como da possibilidade de tutela em face de ataques contra os seus direitos que coloque a vítima numa situação de vulnerabilidade tal que afete o normal gozo dos seus direitos e de que ponha em risco a sua sobrevivência física³¹⁷.

No entanto, não nos parece que a personalidade jurídica tenha a necessária concreção para constituir um bem jurídico-penal, assemelhando-se excessivamente à dignidade humana individual³¹⁸. Por outro lado, o tipo persecutório de tal modo reformulado constituiria, em última análise, uma antecipação da tutela do bem vida, porquanto somente as perseguições idóneas a ofender a sobrevivência física seriam relevantes. Por fim, não nos parece coerente com a natureza histórica da infração estabelecer a exclusão social como elemento típico, pois ela será, em princípio elemento da *mens rea*.

O bem jurídico especialmente tutelado pelo crime contra a humanidade de perseguição é a igualdade de cada e um de todos os seres humanos. Em termos mais específicos, consiste na igualdade negada pela violação particularmente grave de direitos fundamentais, quando redundante no apartamento do indivíduo da sociedade a que pertence ou mesmo da própria humanidade. O tipo penal persecutório busca proteger os integrantes de certas coletividades contra discriminações de tal modo danosas que se traduzam na efetiva exclusão da vida social. Ademais, sendo um crime contra a humanidade também tem uma função tuitiva da vertente coletiva da dignidade humana.

³¹⁶ Vide: Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., pp. 391-408. Enrico AMATI/ Elena MACULAN, «I crimini contro l'umanità»., cit., pp. 400-401.

³¹⁷ Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., p. 392.

³¹⁸ Sobre o caráter abstrato e impreciso do direito à personalidade jurídica: Richard B., LILLICH, «Civil Rights», in *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (Theodor MERON ed.), Volume I, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 130-132. O direito referido é antes a “condição *sine qua non* para o gozo de qualquer outro direito outorgado pelo ordenamento jurídico. Rosa Ana Alija FERNÁNDEZ, *La persécution...*, cit., p. 384.

A perseguição consiste, dessarte, num crime contra a humanidade consubstanciado na privação não autorizada pelo direito internacional de um direito fundamental do ser humano (*iuris cogentis* ou ao menos reconhecido pelo direito consuetudinário geral) de tal forma grave que se abra realisticamente a via para a exclusão da vítima, selecionada primordialmente em função da percepção subjetiva do agente de que se integra numa coletividade (de cariz rácico, étnico, nacional, político ou religioso, à luz do atual estágio de desenvolvimento do costume internacional) do *corpus* social em que se insere, e que, durante a duração dessa conduta ou de suas consequências, o perseguido fique impossibilitado de ter uma vida digna.

6. Conclusão

Assim, é mister concluir:

- 1) A igualdade é um valor relevante para o direito internacional penal. Nos termos do Estatuto de Roma, a aplicação das disposições penais deve ter em consideração os direitos da pessoa humana e o dever de não discriminação. Além disso, a seleção dos julgadores há de atender a considerações igualitárias. Outrossim, a irrelevância da qualidade oficial dos agentes de *crimes under international law* obedece a imperativos de igualdade penal.
- 2) No que concerne, todavia, aos tipos penais, os crimes contra a humanidade caracterizam-se por um elemento contextual identificado com um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil em prossecução de uma política discriminatória *latissimo sensu* de um Estado ou de uma organização, posto que não se exija aos perpetradores individuais um *animus* condizente com esse programa de discriminação.
- 3) Nesse sentido, a generalidade dos crimes contra a humanidade não tem uma função tuitiva da igualdade de cada um e de todos indivíduos.
- 4) Nunca obstante, o tipo específico da perseguição dirige-se à proteção de membros de grupos ou de coletividades maltratados por agentes animados de uma intenção discriminatória.

- 5) As perseguições existem desde tempos imemórias, sendo a sua tipificação pelo Estatuto de Roma uma conquista muito relevante. Todavia, o seu texto levanta alguns questionamentos.
- 6) Com efeito, não há nele uma listagem taxativa dos motivos discriminatórios. Faz-se necessário, portanto, recorrer ao direito internacional dos direitos humanos para a densificação de quais sejam os “motivos universalmente reconhecidos” diversos dos rracicos, étnicos, nacionais, culturais, religiosos e relativos ao sexo.
- 7) A seleção do grupo ou da coletividade a perseguir é feita predominantemente a partir da percepção subjetiva do perpetrador. No entanto, uma vez que é necessário que sejam “identificáveis”, não integram o conjunto de vítimas do crime os indivíduos escolhidos indiscriminadamente ou com base em suspeitas manifestamente equivocadas.
- 8) Ao agente é necessário agir com uma intenção específica atípica. Trata-se do propósito de apartar do *corpus* social, ou mesmo da humanidade, as vítimas selecionadas. No entanto, não é necessário para a perfeição do crime que haja essa remoção.
- 9) No que concerne ao *actus reus*, a noção de direitos fundamentais deve ser interpretada de acordo com o direito dos direitos humanos. Têm relevância os direitos solidamente alicerçados no direito costumeiro geral ou no *ius cogens*. Constitui um direito fundamental, por exemplo, a propriedade privada.
- 10) São tipicamente relevantes apenas as privações mais graves não permitidas pelo direito internacional. Esse requisito de severidade é cumprido com a colocação da vítima numa situação tal que não lhe é possível viver uma vida digna e em que a sua remoção da própria sociedade se afigura como resultado realisticamente expectável ou já cumprido.

- 11) As perseguições são tão ou mais graves que os restantes crimes contra a humanidade. A prática de um ato desumano constante do artigo 7.º do Estatuto consistirá em regra numa perseguição se o agente atuou discriminatoriamente.
- 12) O requisito de ligação com um outro crime previsto no Estatuto ou com um outro ato constitutivo de um crime contra a humanidade contraria o direito consuetudinário e restringe injustificadamente o âmbito de aplicação do tipo persecutório.
- 13) A perseguição protege especificamente uma vertente do bem jurídico igualdade consubstanciada na igualdade negada pela violação particularmente grave de direitos fundamentais, quando redundante no apartamento do indivíduo da sociedade a que pertence ou mesmo da própria humanidade.
- 14) Nesse sentido, a perseguição pode-se definir como um crime contra a humanidade cometido pela privação não autorizada pelo direito internacional de um direito fundamental do ser humano (*iuris cogentis* ou ao menos reconhecido pelo direito consuetudinário geral) de tal forma grave que se abra realisticamente a via para a remoção da vítima, selecionada primordialmente em função da perceção subjetiva do agente de que se integra numa coletividade (de cariz rácico, étnico, nacional, político ou religioso, à luz do atual estágio de desenvolvimento do costume internacional), do *corpus* social em que se insere, e que, durante a duração dessa conduta ou de suas consequências, o ofendido fique impossibilitado de ter uma vida digna.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, António Manuel, *Entre neutralidade e cumplicidade. O envolvimento de agentes económicos na comissão de crimes internacionais*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

AITALA, Rosario Salvatore, *Diritto internazionale penale*, Le Monnier Università, Milano, 2021.

ALAIN, *Du bonheur et de l'ennui et autres textes*, Gallimard, Barcelona, 2016.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 4. ed., 2021.

ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana, *La persecución como crimen contra la humanidad*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de, «Um Exemplo de Jurisprudência Penal Internacional: O Caso Pinochet», in *Casos e Materiais de Direito Penal* (Maria Fernanda PALMA/ Carlota Pizarro de ALMEIDA/ José Manuel VILALONGA coords.), Edições Almedina, Coimbra, 3. ed., 2004.

ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de, *Direito internacional público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2. ed., 2003.

——— *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, Edições Almedina, Coimbra, 2009.

——— *Codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional penal*, BFD, Vol. LXXXVIII, Tomo I, Coimbra, 2012.

AMATI, Enrico/ MACULAN, Elena, «I crimini contro l'umanità», in *Introduzione al Diritto Penale Internazionale* (Enrico AMATI/ Matteo COSTI/ Emanuela FRONZA/ Paolo LOBBA/ Elena MACULAN/ Antonio VALLINI), 4. ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2020.

AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II: The Crimes and Sentencing, Oxford University Press, Oxford, 2014.

——— *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, C. H. Beck, München, 5. Auflage, 2018.

——— *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I: Foundations and General Part, Oxford University Press, Oxford, 2. ed., 2021.

——— «Article 7- Introduction/General Remarks», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.), C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 4. ed., 2022.

——— «Article 7- Chapeau», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.), C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 4. ed., 2022.

——— «Article 7- 'Attack'», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.), C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 4. ed., 2022.

AMBOS, Kai/ WIRTH, Steffen, *The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000, CLF*, Vol. 13, Vancouver, 2002.

ANTUNES, Maria João, «Nótula antes do art. 236.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo II* (Jorge de Figueiredo DIAS dir.), Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

ARONEANU, Eugène, *Le crime contre l'humanité*, Dalloz, Paris, 1961.

ASCENSIO, Hervé, *L'immunité du chef d'État devant les juridictions pénales internationales*, AFDI, Vol. LXV, Paris, 2020.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor E. de Campos, «Apontamento sobre o crime contra a humanidade», in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues – Volume I* (Jorge de Figueiredo DIAS/ Ireneu Cabral BARRETO/ Teresa Pizarro BELEZA/ Eduardo Paz FERREIRA org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

AUGUSTINI, *Confessiones – Post Editionem Parisiensem Novissimam. Ad Fidem Codicum Oxoniensium Recognitae* (M. DUBOIS/ E. B. PUSEY eds.), J. H. Parker/ J. G. et F. Rivinton, Oxonii, 1838, (disponível em <https://archive.org/details/a545544600auguoft/page/2/mode/2up>, consultado pela última vez em 01 de maio de 2022).

BANTEKAS, Ilias/ OETTE, Lutz, *International Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 3. ed., 2020.

BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2. revised ed., 1999.

——— *Crimes Against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, New York, 2011.

BASSIOUNI, M. Cherif/ MANIKAS, Peter, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, Irvinton-on-Hudson/ New York, 1996.

BASSIOUNI, M. Cherif/ McCORMIC, Marcia, «Sexual Violence. An invisible weapon of war in the former Yugoslavia», in *Occasional Paper n.º 1, International Human Rights Law Institute. The Paul University College of Law*, Chicago, 1996.

BELLIVIER, Florence/ EUDES, Marina/ FOUCHARD, Isabelle, *Droit des crimes internationaux*, Presses Universitaires de France, Paris, 2018.

BETTATI, Mario, «Le crime contre l'humanité», in *Droit international pénal* (Hervé ASCENSIO/ Emmanuel DECAUX/ Alain PELLET dir.), Éditions Pedone, Paris, 2 ed., 2012.

BLANCO DE MORAIS, Carlos, *A Responsabilidade Criminal do Indivíduo em Direito Internacional*, RFDUL, Vol. 28, Lisboa, 1987.

BOOT, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes*, Intersentia, Amberes, 2002.

BOULOC, Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz, Paris, 27. ed., 2021.

BRADY, Helen/ LISS, Ryan, «The Evolution of Persecution as a Crime Against Humanity», in *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3* (Morten BERGSAMO, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying, YI Ping eds.), Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2015, (disponível em <https://www.toaep.org/ps-pdf/22-bergsamo-cheah-song-yi>, consultado pela última vez em 01 de maio de 2022).

BRICHAMBAUT, Marc Perrin de/ DOBELLE, Jean-François, *Leçons de droit international public*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/ Dalloz, Paris, 2. ed., 2011.

BRITO, Wladimir, *Direito Internacional Público*, Edições Almedina, Coimbra, 2021.

BRÜCKNER, Wenke, *Minderheitenschutz im Völkerstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2018.

BYRON, Christine, *War crimes and crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Manchester University Press, Manchester/ New York, 2009.

CAEIRO, Pedro, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal – O Caso Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

CAEIRO, Pedro/ LEMOS, Miguel Ângelo, *Genocídio e Cumplicidade*, RPCC, Ano 23, N.º 3, Coimbra, 2013.

CAPPELÀ I ROIG, Margalida, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica Editora, Porto, 3. ed., 2016.

CASSESE, Antonio, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 3. ed., 2013.

CASTANHEIRA NEVES, António, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, policopiado, 1976.

CHELLA, Jessie, *Persecution: a crime against humanity in the Rome Statute of The International Criminal Court*, Bond University, 2004

CORREIA BAPTISTA, Eduardo, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lex, Lisboa, 1997.

——— «O Crime de Genocídio», in *O Tribunal Penal Internacional e a transformação do direito internacional – Conferência Internacional da FDUCP/PGR, volume especial da DJ* (João Silva MIGUEL/Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, org.), Faculdade de Direito da Universidade Católica, Lisboa, 2006.

COSTI, Matteo/ FRONZA, Emanuela «Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione», in *Introduzione al Diritto Penale Internazionale* (Enrico AMATI/ Matteo COSTI/ Emanuela FRONZA/ Paolo LOBBA/ Elena MACULAN/ Antonio VALLINI), 4. ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2020.

CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 9. ed., 2019.

CRYER, Robert, ROBINSON/ Darryl, VASILIEV, Sergey, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 4 ed., 2019.

CURRAT, Philippe, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

DADRIAN, Vahakn N., *Genocide as a Problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and Its Contemporary Legal Ramification*, *YJIL*, Vol. 14, N. 2, Yale, 1989.

DECAUX, Emmanuel/ TRIGEAUD, Laurent, «Les immunités pénales des agents de l'État et des organisations internationales», in *Droit international pénal* (Hervé ASCENSIO/ Emmanuel DECAUX/ Alain PELLET dir.), Éditions Pedone, Paris, 2 ed., 2012.

DEGUZMAN, Margaret McAuliffe, *The Road from Rome: The Deveolping Law of Crimes against Humanity*, *HRQ*, Vol. 22, Baltimore 2000.

DELMAS-MARTY, Mireille, «Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs?», in *Crimes internationaux et juridictions internationales* (Antonio CASSESE/Mireille DELMAS-MARTY dir.), Presses Universitaires de France, Paris, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*, Gestlegal, Coimbra, 3. ed., 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo / ANTUNES, Maria João «Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato», in *Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro* (Tribunal Constitucional), Almedina, Coimbra, 2019.

DUPUY, Pierre-Marie/ KEBRAT, Yann, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 15. ed., 2020.

EBOE-OSUJI, Chile, *Crimes Against Humanity: Directing Attacks Against A Civilian Population*, *AJLS*, Vol. 2, N. 2, 2008, (disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/ajls2&id=127&men_tab=srchresults, consultado pela última vez em 01 de maio de 2022).

ERNE, Sarah, *Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Straftatbestands der Verfolgung*, Nomos, Baden-Baden, 2016.

ESCARAMEIA, Paula, *O direito internacional público nos princípios do século XXI*, Edições Almedina, Coimbra, 2003.

ESER, Albin, «Mental Elements – Mistake of fact and Mistake of Law», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Antonio CASSESE/ Paola GRETA/ John R.W.D. JONES eds.), Vol I, Oxford University Press, Oxford, 2002.

ESPOSITO, Andreana/ GENTILE, Gianluca/ TRAPASSO, Maria Teresa, «I crimini contro l'umanità», in *La Corte Penale Internazionale: organi, competenze, reati, processo* (Giorgio LATTANZI/ Vito MONETTI coords.), Giuffrè Editore, Milano, 2006.

FARIA COSTA, José Francisco de, *Direito Penal*, Imprensa Nacional, Lisboa, 2017.

FENRICK, W. J., *The Crime against Humanity of Persecution in the Jurisprudence of the ICTY*, *Neth. YIL*, Vol. XXXII, The Hague, 2001.

FOURNET, Caroline/PÉGORIER, Clotilde, 'Only One Step Away From Genocide': *The Crime of Persecution in International Criminal Law*, *ICLR*, Vol. 10, Leiden, 2010.

FROSSARD, André, *Le crime contre l'humanité*, Éditions Robert Laffont, Paris, 1987.

FROUVILLE, Olivier de, *Droit international pénal. Sources, Incriminations, Responsabilité*. Éditions Pedone, Paris, 2012.

FRULLI, Micaela, «Le droit international et les obstacles à la mise en oeuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux», in *Crimes internationaux et juridictions internationales* (Antonio CASSESE/Mireille DELMAS-MARTY dir.), Presses Universitaires de France, Paris, 2002.

GAETA, Paola, «Official Capacity and Immunities», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Antonio CASSESE/ Paola GRETA/ John R.W.D. JONES eds.), Vol I, Oxford University Press, Oxford, 2002.

——— *Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?*, JICJ, Vol. 7, Oxford, 2009.

GIL GIL, Alicia, «El elemento subjetivo de los címenes (*mens rea*)», in *Derecho penal internacional* (Alicia GIL GIL/ Elena MACULAN dir.), Editorial Dykinson, Madrid, 2. ed., 2019.

——— «El crimen de genocidio», in *Derecho penal internacional* (Alicia GIL GIL/ Elena MACULAN dir.), Editorial Dykinson, Madrid, 2. ed., 2019.

——— «Artigo 7.º», in *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma* (Sylvia Helena STEINER/ Leonardo Nemer Caldeira BRANT coords.), D'Plácido, Belo Horizonte, São Paulo, 2. ed., 2020.

GIL GIL, Alicia/ MACULAN, Elena, «Qué es el derecho penal internacional», in *Derecho penal internacional* (Alicia GIL GIL/ Elena MACULAN dir.), Editorial Dykinson, Madrid, 2. ed., 2019.

GIRARD, René, *Le Bouc émissaire*, Éditions Grasset & Fasquelle, Paris, 1982.

GLESS, Sabine, *Internationales Strafrecht. Grundriss für Studium und Praxis*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 3. Auflage, 2021.

GONÇALVES PEREIRA, André/ QUADROS, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público*, Livraria Almedina, Coimbra, 3 ed., 1993.

GORDON, Gregory S., *Hate Speech and Persecution: A Contextual Approach*, *VJTL*, Vol. 46, N. 2, Nashville, 2013.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Internacional Penal. Uma Perspectiva Dogmático-Crítica*, Edições Almedina, Coimbra, 2008.

——— *Manual de Direito Internacional Público – Uma Perspetiva de Língua Portuguesa*, Edições Almedina, Coimbra, 5. ed., 2020.

GRAVEN, Jean, *Les Crimes Contre l'Humanité*, *RCADI*, Vol. 76, Maubeuge, 1950.

GREPPI, Edoardo, *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Utet Giuridica, Padova, 2012.

GÜDE, *Die Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 durch die deutschen Gerichte*, *DRZ*, 2. Jahrg., H. 4, Tübingen, 1947.

GUERREIRO, Alexandre Teixeira Neto, *A Resistência dos Estados Africanos à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional*, Edições Almedina, Coimbra, 2012.

HEBEL, Herman von/ ROBINSON, Darryl, «Crimes within the Jurisdiction of the Court», in *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations and results* (Roy S. K. LEE), Kluwer Law International, The Hague, 1999.

HEMPTINNE, Jérôme de, *Controverses relatives à la définition du crime de persécution*, *RTDH*, n.º 53, Bruxelles, 2003.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *Direito penal internacional [recurso eletrônico]*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 5. Auf., 1996.

JUROVICS, Yann, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, L.G.D.J., Paris, 2002.

——— «Article 7», in *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article* (Julian FERNANDEZ, Xavier PACREAU, Muriel ÚBEDA-SAILLARD dir.), Tome I, Éditions Pedone, Paris, 2 ed., 2019.

JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano –I*, Coimbra Editora, Coimbra, 5. ed., 2011.

KAPPLER, Katrin, *Die Verfolgung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität als Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2019.

KITTICHAISAREE, Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2001.

KRESS, Claus, «Commentary» in *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals* (André KLIP, Göran SLUITER eds.), Vol. IX, Intersentia, Oxford, 2005.

——— *On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision*, *LJIL*, Vol. 23, Leiden, 2010.

KUSCHNIK, Bernhard, *Der Gesamttatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Herleitung, Ausprägungen, Entwicklungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.

LAMPE, Ernst-Joachim, «Verbrechen gegen die Menschlichkeit», in *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag* (Hans Joachim HIRSCH/ Jürgen WOLTER/ Uwe BRAUNS Hrsg.), Verlag Dr. otto Schmidt, Köln, 2003.

LATTANZI, Flavia, «The International Criminal Courts and National Jurisdictions», in *The Rome Statute of the International Criminal Court* (Mauro POLITI/ Giuseppe NESI eds.), Routledge, Abingdon/ New York, 2016.

LEITE, Inês Ferreira, *O Conflito de Leis Penais. Natureza e Função do Direito Penal Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

LILLICH, Richard B., «Civil Rights», in *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (Theodor MERON ed.), Volume I, Claredon Press, Oxford, 1986.

LIÑAN LAFUENTE, Alfredo, *El desarrollo del crimen de persecución en el ámbito del crimen contra la humanidad y su reformulación en el artículo 607 del Código Penal español – una propuesta alternativa*, não publicado (versão prévia e ampliada da tese de doutoramento apresentada à Universidad Complutense de Madrid em 2007), sem data.

——— *La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental*, *RECPC*, Vol. 10-12, 2008, (disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-12.pdf>, consultado pela última vez em 01 de maio de 2022).

——— *La construcción del crimen de persecución en la jurisprudencia de los tribunales internacionales ad-hoc*, *RDPC*, 3.^a Época, n.º 1, Madrid, 2009.

——— *El crimen contra la humanidad*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

——— *La interpretación del término “población civil” como elemento del tipo en el crimen contra la humanidad*, *RP*, n.º 40, Valencia, 2017.

LINGAAS, Carola, *The Concept of Race in International Criminal Law*, Routledge, Abingdon/ New York, 2020.

LOPES, José Alberto Azeredo, «O Tribunal Penal Internacional: Política a Mais ou Policy a Menos?», in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* (José Lobo MOUTINHO/ Henrique SALINAS/ Elsa Vaz de SEQUEIRA/ Pedro Garcia MARQUES coords.), Vol. II, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2020.

LUBAN, David, *A Theory of crimes against humanity*, *YJIL*, Vol. 29, Yale, 2004.

LUKAMBA, Paulino, *Direito Internacional Público*, Escolar Editora, Lobito, 4. ed., 2017.

MACHADO, Jónatas E. M., *Direito Internacional – Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, Gestlegal, Coimbra, 5. ed., 2019.

MAISON, Rafaëlle, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2004.

——— *Justice pénale internationale*, Presses Universitaires de France, Paris, 2017.

MALABAT, Valérie, «Article 22», », in *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article* (Julian FERNANDEZ, Xavier PACREAU, Muriel ÚBEDA-SAILLARD dir.), Tome I, Éditions Pedone, Paris, 2 ed., 2019.

MANSKE, Gisela, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit. Zu einem zentralen Begriff der internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003.

MESEKE, Stephan, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes. Eine völkerstrafrechtliche Analyse*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2004.

METTRAUX, Guénaël, *International Crimes: Law and Practice: Volume II: Crimes Against Humanity*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

MEYROWITZ, Henri, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n.º 10 du Conseil de Contrôle Allié*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960.

MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Internacional Público*, Príncípia Editora, Cascais, 6.ed., 2016.

MONTE, Mário Ferreira, «Princípios Gerais do Direito Penal Internacional», in *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: Comentários* (Wladimir BRITO/ Pedro Miguel FREITAS coords.), DH-CH Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, Braga, 2018.

——— «Crimes contra a humanidade», in *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: Comentários* (Wladimir BRITO/ Pedro Miguel FREITAS coords.), DH-CH Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, Braga, 2018.

NILSSON, Jonas, «The Crime of Persecution in the ICTY Case-law», in *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (Beth SWART/ Alexander ZAHAR/ Göran SLUITER eds.), Oxford University Press, Oxford/ New York, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis, *A Dignidade da Pessoa Humana*, Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade, Edições Almedina, Coimbra, 2016.

OOSTERVELD, Valerie, *Gender, Persecution, and the International Criminal Court*, *DJCIL*, Vol. 17, Durham, 2006.

——— «Prosecuting gender-based persecution as an international crime», in *Sexual Violence as an International Crime: Interdisciplinary Approaches* (Anne-Marie de BROUWER/ Charlotte KU/ Renée RÖMKENS/ Larissa van den HERIK eds.), Intersentia, Cambridge/ Antwerp/ Portland, 2013.

O'KEEFE, Roger, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

OLASOLO, Héctor/ BUITRAGO, Nicolás/ BONILLA-TOVAR, Vanessa, *El tratamiento de la población LGTBIQ en el artículo 7 (1)(h) del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de la definición de “género” y del estándar “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”*, PC, Vol. 15, N.º 29, 2020. Disponible em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2020/07/Vol15N29A13.pdf>.

PAIS, Ana Isabel Rosa, *O Direito Penal Internacional e a Responsabilidade dos Superiores Hierárquicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

PELLA, Vespasian V., *Towards an International Criminal Court*, AJIL, Vol. 44, N. 1, Chicago, 1950.

PELLET, Alain, *Le Droit International à la Lumière de la Pratique: L'Introuvable Théorie de la Réalité*, RCADI, Vol. 414, Maubeuge, 2021.

PEREIRA, Maria de Assunção do Vale, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

PICOTTI, Lorenzo, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementifinalistici delle fattispecie penali*, Giuffrè Editore, Milano, 1993.

——— *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, IP, Anno VI, N.º 1, Verona, 2003.

PIRAGOFF, Donald K./ ROBINSON, Darryl, «Article 30», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.), C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 4. ed., 2022.

PLAWSKI, Stanislaw, *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, L.G.D.J., 1972.

POCAR, Fausto, *Persecution as a Crime Under International Criminal Law*, JNSLP, Vol. 2, Washington, DC, 2008.

POWDERLY, Joseph/ HAYES, Niamh «Article 7- Persecution», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.), C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 4. ed., 2022.

——— «Article 7- Definition of gender», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.), C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 4. ed., 2022.

PUIG, Santiago Mir, *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Repertor, Barcelona, 10. ed., 2016.

QUADROS, Fausto de, *A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público*, Almedina, Coimbra, 1998.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Tomo I, Instituto “Francisco de Vitoria”, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1955.

RADBRUCH, Gustav, *Zur Diskussion über das Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, SJZ, Heidelberg, 1947.

REBUT, Didier, *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 3. ed., 2019.

RELVA, Hugo, «Crímenes de lesa humanidad», in *Derecho Penal Internacional. Evolución histórica, régimen jurídico y estudio de casos* (Aitor MARTÍNEZ JIMÉNEZ dir.), Aranzadi, Pamplona, 2022.

RENAUT, Alain, *Le crime contre l'humanité, le droit humanitaire et la Shoah*, *Philosophie*, N. 67, Paris, 2000.

ROBERTS, Ken, «Striving for Definition: the Law of Persecution from Its Origins to the ICTY», in *The Dynamics of International Criminal Justice, Essays in Honour of Sir Richard May* (Hirad ABTAHI/ Gideon BOAS eds.), Martinus Nijhof Publishers, Leiden/ Boston, 2006.

ROBERTSON, Geoffrey, *Crimes Against Humanity – The Struggle for Global Justice*, Penguin Books, London, 4. ed., 2012.

ROULOT, Jean-François, *Le Crime Contre l'Humanité*, L'Harmattan, Paris, 2002.

ROXIN, Claus/ GRECO, Luís, *Strafrecht, Allgemeiner Teil – Band I*, Verlag C. H. Beck, München, 5. Auf., 2020.

RWELAMIRAI, Medard R., «Composition and Administration of the Court», in *The Internatinal Criminal Court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations and results* (Roy S. K. LEE), Kluwer Law International, The Hague, 1999.

SADAT, Leila Nadya, *Avoiding the Creation of a Gender Ghetto in International Criminal Law*, *ICLR*, Vol. 11, Leiden, 2011.

SAFFERLING, Christoph, *Internationales Strafrecht*, Springer-Verlag, Berlin/ Heidelberg, 2011.

SANTOS, António Furtado dos, *Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional*, *BMJ*, N.º 92, Lisboa, 1960.

SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 10. Auflage, 2022.

SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2. ed., 2016.

——— *U. N. International Covenant on Civil and Political Rights. Nowak's CCPR Commentary*, N. P. Engel, Kehl, 3. ed., 2019.

——— *The Customary International Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

——— *Relationships between International Criminal Law and Other Branches of International Law*, *RCADI*, Vol. 417, Maubeuge, 2021.

SCHWARZ, Alexander, *Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht. Sexualisiert und geschlechtsbezogene Gewalt vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019.

SCHWELB, Egon, *Crimes Against Humanity*, *BYIL*, Vol. 23, London/ New York/ Toronto, 1946.

SESÉ, Manuel Ollé, «Principios Generales», in *Derecho penal internacional* (Alicia Gil GIL/ Elena MACULAN dir.), Editorial Dykinson, Madrid, 2. ed., 2019.

SHAW, Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 9. ed., 2021.

SILVA, Germano Marques da, «Crimes Contra a Humanidade», in *O Tribunal Penal Internacional e a transformação do direito internacional – Conferência Internacional da FDUCP/PGR, volume especial da DJ* (João Silva MIGUEL/Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, org.), Faculdade de Direito da Universidade Católica, Lisboa, 2006.

SILVA CUNHA, Joaquim da/ PEREIRA, Maria da Assunção do Vale, *Manual de Direito Internacional Público*, Edições Almedina, Coimbra, 2. ed., 2004.

SLIEDREGT, Elies van, «Internationale misdrijven in het Nederlandse strafrecht en internationales strarechtspraak», in *Handboek internationaal strafrecht. Internationaal en Europees strafrecht vanuit Nederlands perspectief* (Richard van ELST/ Elies van SLIEDREGT red.), Wolters Kluwer, Deventer, 2. druk, 2015.

SLUITER, Göran/ STRAATEN, Barbara van, *Ecocide als internationaal misdrijf? Perspectiven op vervolging en berechting*, BSb, Vol 1, N. 3, Den Haag, 2020.

SOARES, Albino de Azevedo, *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 4. ed., 1988.

SOUSA, Susana Aires de, *Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade*, BFD, Vol. LXXXIII, Coimbra, 2007.

STAHN, Carsten, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cmabridge University Press, Cambridge, 2019.

STEAINS, Cate, «Gender Issues», in *The Internatinal Criminal Court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations and results* (Roy S. K. LEE), Kluwer Law International, The Hague, 1999.

SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 15 ed., 2021.

SUHR, Valérie V., *Rainbow Jurisdiction at the International Criminal Court. Protection of Sexual and Gender Minorities Under The Rome Statute*, Springer-Verlag, Berlin/ Heidelberg, 2022.

SWAAK-GOLDMAN, Olivia, «Persecution», in *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law* (Gabrielle Kirk McDONALD/ Olivia SWAAK-GOLDMAN eds.), Volume I, Kluwer International Law, The Hague, 2000.

TADROS, Victor, «Recklessness and the Duty to Care», in *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* (Stephan SCHUTE/A. P. SIMESTER eds.), Oxford University Press, Oxford, 2002.

THAN, Claire de/ SHORTS, Edwin, *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet & Maxwell, London, 2003.

TIMMERMANN, Wibke K., *Incitement in International Law*, Routledge, Abingdon/ New York, 2015.

TORRES PÉREZ, María, *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

TRIFFTERER, Otto, *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag, Wien, 2. Auflage, 1994.

——— «Can the “Elements of Crimes” narrow or broaden responsibility for criminal behaviour defined in the Rome Statute?», in *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (Carsten STAHN/ Göran SLUITER eds.), Martinus Nijhof Publishers, Leiden/ Boston, 2009.

TRIFFTERER, Otto, BERGSMO Morten/ AMBOS, Kai, «Preamble», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.), C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 4. ed., 2022.

TRIFFTERER, Otto/ BURCHARD, Christoph, «Article 27», in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Kai AMBOS ed.), C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 4. ed., 2022.

VEST, Hans/ NOTO, Flavio, «Lit. i – Verfolgung und Apartheid», in *Die völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB* (Hans VEST, Andreas R. ZIEGLER, Jürg LINDMANN, Stefan WEHRENBURG Hrsg.), Dike, Nomos, Zürich, 2014.

VYVER, Johan D. van der, *International Criminal Law*, Volume II, Lambert Academic Publishing, Worclaw, 2021.

WERLE, Gerhard/ JESSBERGER, Florian, *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 4. ed., 2020.

WITSCHER, Georg/ RÜCKERT, Wiebke, «The Elements of Crimes Against Humanity – Article 7 (1) (h) – Crime Against Humanity of Persecution», in *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Roy S. K. LEE ed.), Transnational Publishers, 2001.

ZAHAR, Alexander/ SLUITER Göran, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008.