

TRANSNACIONALIDADE E PROTEÇÃO CRIMINAL DOS DIREITOS HUMANOS¹

Mário Ferreira Monte

Professor e Director, Escola de Direito, Universidade do Minho, Portugal

1. O desafio ao direito (penal) positivo

No julgamento de Nuremberga, em que se discutia a responsabilidade penal pela morte de cerca de seis milhões de judeus, a dado momento, a defesa germânica avançou com um argumento jurídico de peso: “Um juiz não é quem promulga leis, senão quem as faz cumprir”. Este argumento, levado a sério, poderia conduzir à absolvição dos acusados porque, por um lado, estes ter-se-ão limitado a cumprir leis aprovadas democraticamente e, por outro, as suas condutas não seriam consideradas criminosas à luz do direito positivo alemão. Mas o juiz não se fez rogar e respondeu com uma afirmação inquietante que serve de mote para a nossa reflexão: “Se os homens não são responsáveis dos seus atos, terá você que mo explicar”. José Ramón Ayllón comenta esta situação, dizendo que “também se trata de uma reflexão sobre os limites do positivismo jurídico e sobre a necessidade de um direito natural universal e inviolável”². É sabido que

-
- 1 * Este texto tem como suporte a intervenção feita no Seminário Luso-brasileiro da UNIVALI, que decorreu nos dias 1 e 2 de Outubro de 2012, sobre Direitos Humanos e Tutela Jurídica na Era da Transnacionalidade, e que foi entretanto para publicação na Editora Juruá, sob o título “Tutela jurídica dos direitos humanos: uma visão transconstitucional”. Nele, no entanto, introduzem-se algumas alterações, não só de forma, mas também substanciais, atendendo, por um lado, à necessidade da sua actualização, e por outro, a um enfoque mais atento à problemática jurídico-penal.
- 2 Sobre a alusão ao julgamento de Nuremberga, à luz da relação entre liberdade e responsabilidade na perspectiva aristotélica, e sobre o comentário respetivo, veja-se JOSÉ RAMÓN AYLLÓN, *Aristóteles. Ética, versión resumida y comentada*, Madrid: Palavra, 2011, p. 63.

o Tribunal de Nuremberga acabou por condenar os responsáveis nazis, não por aplicação do direito positivo alemão, mas de princípios universalmente aceites, no sentido de que tais condutas seriam penalmente censuráveis.

Existem outros exemplos de direito penal internacional, como foi o caso dos julgamentos de Tóquio, da ex-jugoslávia, do Ruanda, e praticamente todos aqueles que existiram antes do Tribunal Penal Internacional, em que se julgaram factos considerados criminosos, não à luz do direito positivo desses Estados, mas de princípios que, numa expressão, se poderá designar por direito penal *costumeiro*³. E esse direito está inclusivamente reconhecido em alguns ordenamentos jurídicos. Por exemplo, a Constituição portuguesa enuncia no artigo 29.º, n.º 1, o princípio da legalidade para o direito penal – “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior” –, mas admite no n.º 2 do mesmo artigo “a punição, nos limites da lei interna, por ação ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos”. Uma tal solução permite evitar a impunidade de crimes considerados universalmente graves. Afasta por isso uma situação de *injustiça*. Podemos ver também aqui o enunciado do princípio da legalidade para o direito internacional, claramente com um outro sentido, ou seja, o de que o termo lei (*lege*) inclui também o *direito (internacional) costumeiro*⁴. Mas não será de todo descabido reconhecer que, mesmo assim, a intervenção penal justificar-se-á nestes casos apenas por razões de justiça e não por obediência estrita ao princípio da legalidade (quando impõe a existência de uma lei prévia e escrita que tipifique a conduta).

Em face disto, seria tão imprudente afirmar que o direito natural ou o *iuscogens* (“princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos”, como enuncia a CRP no artigo 8.º, n.º 1) não tem qualquer relevância para a defesa dos direitos humanos, incluindo a sua tutela penal, como, a esta luz, seria exagerado considerar o direito penal positivo dispensável.

Mas, enquanto outros direitos, incluindo alguns fundamentais, sobretudo de segunda e terceira gerações, podem ser concebidos exclusivamente por via legal, independentemente de quaisquer outros fundamentos, os direitos humanos, pela sua *radicalidade*, preexistem à norma escrita⁵. Na verdade, atendendo à sua raiz, os

3 A expressão baseia-se numa outra de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 179, referindo-se ao “*direito (internacional) costumeiro*”.

4 Tese defendida por FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 179.

5 Nesse sentido, JAVIER HERVADA, *Crítica Introdutória ao Direito Natural*, Trad. de JOANA FERREIRA DA SILVA, Porto, 1990, p. 77-78. Mais desenvolvidamente, sobre o seu pensamento, veja-se o nosso *O Direito Penal Europeu. De “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua Legitimação*,

direitos humanos são demasiadamente importantes para não ficarem dependentes de normais escritas que os reconheçam. Não que estas possam ser dispensadas, como veremos adiante. Mas no sentido de que é da sua *natureza* que eles se impõem e não de uma qualquer construção filosófico-política. Por isso, ao contrário do que consideraram os delegados belgas e chineses, na Comissão encarregada de redigir a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a referência à *natureza*, mais não era que o reconhecimento do fundamento antropológico dos direitos humanos, ou seja, de que, apesar de se converterem em normas jurídicas escritas, como era o caso da Declaração, eles não derivavam a sua essência “de um qualquer convencionalismo ou contrato social”⁶.

O que se pretende com isto não é tomar partido sobre a fundamentação dessa natureza. O que pretendemos é demonstrar que, pela natureza dos direitos humanos – razão ontológica –, ou seja, por se referirem à dignidade da pessoa humana, eles entram no comum denominador axiológico, no *pathos* universal, antes mesmo de entrarem no direito positivo. E, deste modo, se não se cair num certo relativismo jurídico, eles estarão acima de qualquer precariedade.

2. Transnacionalidade criminal e consideração *metaconstitucional* da protecção dos direitos humanos

Quando se fala na protecção criminal de direitos humanos, imediatamente nos vem à ideia a questão da definição da tipologia de crimes. São normalmente crimes transnacionais, que afrontam os direitos humanos independentemente da nacionalidade das vítimas, que estão em causa. Olhando, por exemplo, para o Tratado da União Europeia, é fácil percebermos de que tipo de criminalidade falamos e qual a sua dimensão. O artigo 83.º do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE) refere-se a “domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater”, tais como “terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada”. A União Europeia está tão preocupada com este fenómeno que não hesitou em proclamar no artigo 67.º, n.º 3, do TFUE, como objectivo máximo, “um elevado nível de segurança”, adoptando “medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia e de combate contra estes fenómenos”. E, tudo isto,

Lisboa: QuidJuris, 2009, p. 102 e ss.

6 Cfr. GONÇALO PORTOCARRERO DE ALMEIDA, “A fundamentação dos direitos humanos e a encíclica o Redentor do Homem”, in António Barbas Homem et. al., (Org.s), *João Paulo II e o Direito. Estudos por Ocasão do 25.º Aniversário do seu Pontificado*, Lisboa: Principia, Publicações Universitárias e Científicas, 2003, p. 74 e nota 21.

afinal, porque a “União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados Membros”.

Tanto o tipo de criminalidade em jogo, com dimensão transfronteiriça, como o seu potencial ofensivo que vai muito para além dos limites de cada Estado e da própria União Europeia, leva a que sejam admissíveis e desejáveis medidas igualmente transnacionais, que, por um lado, respeitem os direitos fundamentais, e, por outro, respeitem as tradições constitucionais dos Estados. Trata-se claramente de uma visão transnacional do crime e das medidas para o seu combate que, como veremos de seguida, tem de ir acompanhada de uma visão que não pode ser meramente estadual, o que o mesmo é dizer, meramente constitucional, mas que terá de ser *transestaduale transconstitucional*. É esta visão que procuraremos expor de seguida como a via mais adequada para lidar com o fenómeno da criminalidade transnacional e a protecção dos direitos humanos.

Se quisermos um exemplo claro deste fenómeno, hodiernamente, podemos convocar o terrorismo. O terrorismo não é seguramente uma consequência da modernidade ou da pós-modernidade, mas afirma-se hoje de modo particularmente forte como um fenómeno transnacional com a emergência da sociedade global e de risco e com a acentuação de motivações culturais e religiosas. O crescente e ininterrupto fluxo de informações, bens, pessoas, dinheiro e ideias contribui para o desenvolvimento deste fenómeno, potenciando-o. Ao que se junta o multiculturalismo como fenómeno em expansão numa sociedade cada vez mais aberta. A heterogeneidade cultural, por um lado, a globalização cultural, por outro, e daqui uma incessante necessidade de um entendimento intercultural, resulta, não raras vezes, em conflitos, em especial aqueles de particular gravidade como o terrorismo, com clara dimensão transnacional. Que resposta para este tipo de fenómeno? Em que lugar se coloca a protecção dos direitos humanos? Mas, acima de tudo, que critérios jurídicos para essa tarefa?

Uma efectiva protecção dos direitos humanos perante criminalidade deste tipo, com dimensões e efeitos transnacionais, tem de ser igualmente transnacional. Não pode ficar dependente, nem do que os ordenamentos jurídicos de cada Estado proclamem, nem mesmo do que as Constituições determinem sobre esta matéria.

Por isso, para nós, mesmo que a Constituição de um Estado proclame os direitos humanos, essa proclamação não passa do reconhecimento de algo que tem, por si, independentemente dessa prescrição jurídica, categoria suprema. Dito de outro modo, tendo em conta o radical humano que fundamenta os direitos humanos, a sua fundamentação há-de ser *metaconstitucional*. E, assim sendo, em princípio, vem a ser o direito natural, que a nosso ver comunga desta característica translegal ou metaconstitucional, que se oferece como instância interpretativa dos

direitos humanos⁷. Não tanto, como se vê, como fonte imediata – porque esta há-de ser o direito positivo – mas como instância interpretativa do direito positivado.

Mas, sendo assim, por que razão é que os Estados não deixam de positivizar estes direitos e, ao nível supranacional, eles vêm a estar consagrados positivamente, como sucede na *Declaração Universal dos Direitos do Humanos*? A resposta imediata parece evidente: dada a sua importância, eles não podem deixar de estar previstos em lei. Na verdade, sobretudo nos sistemas de tradição romano-germânica, ou de *civil law*, a sua não consagração legal seria, no mínimo, estranha.

Mas existe outra razão, esta muito ligada ao direito penal, terreno para onde queremos trazer o tema: a certeza jurídica, a segurança jurídica, sobretudo para o aplicador da lei. Por exemplo, na área do direito penal internacional, apesar da validade do *direito costumeiro*, não deixou de se caminhar no sentido da positivação dos crimes, tal como sucedeu com o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. E isso porque se reconhece que um direito penal assente no costume “não deixa de trazer problemas graves à exigência de determinabilidade das condutas puníveis”⁸.

E, na verdade, como já tivemos oportunidade de manifestar em outro escrito⁹, a aplicação direta de princípios, como, por exemplo, do direito natural, na tutela penal seria muito problemática. Essa aplicação ficaria nas mãos de uma entidade judiciária que, em última instância, fixaria o conteúdo concreto dos princípios, com todos os inconvenientes que isso haveria de ter. Em primeiro lugar, por não haver uma conceção unívoca desses princípios. Depois, porque não haveria uma entidade que definisse aquilo que para o direito natural deve ser crime ou não. E a nosso ver nem tem de haver. Porque a sua eventual utilidade para o direito penal – julgamos – não pode estar na sua aplicação direta, sem a existência de um direito positivo que, por obediência ao princípio da legalidade, diga o que é crime. A sua utilidade estará no modo como ele deve ser encarado em relação ao direito positivo, seja ele penal ou não, isto é, enquanto instância interpretativa, que fixa os limites positivos e negativos da intervenção penal. Instância interpretativa, no entanto, que preexiste à Constituição e que, portanto, se há-de manifestar no momento da consagração das normas constitucionais que servirão de referência à eleição dos bens jurídicos dignos de tutela penal. E, finalmente, instância interpretativa para o legislador ordinário quando, ao

7 Neste particular, em plena concordância com PAULO CUNHA, *O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos*, Coimbra, 2001, p. 94 e ss. quando o Autor afirma que o direito natural «funcionará não como chave-gazua de abertura fácil de todas as portas em todo o *hicetnunc*, mas como permanente interrogação, instância problematizante, crítica, do direito positivo».

8 Cfr. FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 179, apoiando-se nas conclusões de Susan Lamb.

9 Cfr. MÁRIO MONTE, *O Direito Penal Europeu*, op. cit., p. 104 e ss.

tipificar os crimes, a partir da Constituição, tenha em conta que a formulação dos direitos humanos tem um conteúdo que, pela sua radicalidade, precede a própria Constituição. Atender a esse conteúdo é pois absolutamente incontornável.

Dito isto, daqui derivam consequências. Por exemplo, quando se proclama o direito à vida, este direito existe independentemente da sua consagração legal. Seria um absurdo julgar-se que alguém tem direito à vida porque outrem lhe confere esse direito. O direito à vida é algo que existe independentemente da atribuição por outrem, mesmo que sob a forma jurídica. Existe simplesmente porque é humano. Radica na própria natureza do ser humano que ele tenha direito a viver. E isto é uma dimensão que tanto se aplica no nascimento como na morte. Por isso, qualquer lei que imponha a morte ou limite o direito à vida é, em princípio, injusta. Obviamente que com isto não se afirma o carácter absoluto dos direitos **humanos**, e nem mesmo do direito à vida. Em certos casos, como é exemplo recorrente o da morte por legítima defesa, obviamente que a negação da vida de alguém vem a estar justificada juridicamente. Por isso, teremos de admitir que mesmo no plano *metaconstitucional* se admite a restrição dos direitos humanos por razões que a possam fundar. Por exemplo, quando se trata de proteger outros direitos igualmente valiosos, como é o caso da vida.

A este propósito, pode mesmo chegar-se a situações-limite, difíceis de resolver. Por exemplo, no âmbito do terrorismo, pode questionar-se a legitimidade de comportamentos que restrinjam direitos humanos e que não se enquadrem num direito processual penal justo (*dueprocess*), se com isso se visar a defesa de outros direitos humanos, como o direito à vida. Neste caso, é sempre difícil saber se seria admissível a coacção ou até a tortura de terroristas para salvar vidas humanas que estejam na eminência de serem ceifadas por actos terroristas, quando aqueles meios, em princípio, impensáveis numa ordem jurídica democrática, se revelarem como os únicos para evitar a morte de cidadãos inocentes. Não se trata da defesa do direito penal de inimigo, mas, pelo contrário, de um direito penal de cidadãos que tenha em conta as particularidades deste tipo de criminalidade. Por isso, nos parecem muito pertinentes as palavras de Fernanda Palma¹⁰, a este propósito: “A moderação com que o sistema penal de um Estado de Direito democrático deve intervir, sob pena de se tornar num direito penal dos inimigos, não pode significar que o problema do terrorismo não deva ter tratamento jurídico-penal, sendo remetido para o puro campo da acção política, nem muito menos que o terrorismo seja tolerável. Ou seja, os Estados não podem deixar de se interpelar sobre o modo como devem actuar na protecção da vida e, em geral, dos direitos humanos, de inocentes, contra ataques desproporcionadamente inaceitáveis. Como questiona a Autora “Não estará a

10 FERNANDA PALMA, “Crimes de terrorismo e culpa penal”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 253.

defender a vida e outros bens essenciais dos cidadãos e de todas as pessoas o Estado que apenas juriscicizar um ‘direito penal político’ ou ‘especial para os inimigos’, em vez de integrar ainda no âmbito dos seus critérios normativos, a partir dos respectivos fundamentos últimos, aquelas situações e aqueles agentes, não cedendo ao perigo de se descontrolar na utilização do poder sob a forma de Direito?”¹¹.

Certo é que, se no plano jurídico-positivo, e até mesmo constitucional, se admitisse a restrição de direitos humanos por razões insuscetíveis de ponderação com o valor desses direitos, obviamente que tais normas seriam no mínimo injustas, apesar de legais. Por isso, é muito discutível a aceitação da pena de morte. Mesmo que os seus defensores aleguem que interesses superiores justificam a aniquilação de uma pessoa, a nosso ver, esses interesses não chegam a ter a mesma categoria que tem o direito à vida, ou seja, não comungam da mesma natureza do direito à vida, porquanto, este direito é imanente ao homem, transcende qualquer construção jurídica, política ou filosófica, enquanto que a segurança ou a liberdade ou até a justiça, dimensões elevadas que poderiam ser invocadas para justificar a pena de morte, não chegam nunca a concorrer com o direito à vida. Isto, no plano jurídico, reflete-se desde logo no princípio da proporcionalidade. Seria desproporcional uma pena de morte para proteger interesses que, por muito valiosos que fossem, jamais justificariam a violação do direito à vida.

Mas se nos direitos humanos é imprescindível uma conceção translegal para a sua fundamentação e para a sua proteção, isso quer dizer que se tem de seguir essa via para todo o direito? Obviamente que não. Porque, na nossa conceção, não é dispensável a sua positivação. O que, no entanto, tem de relevante aderir a uma visão deste tipo é que esta positivação e tudo o que dela decorretornar-se-á injusta quando ultrapassar os limites imanescentes a tais fundamentos. O direito natural poderá funcionar então como uma instância interpretativa do direito positivo. E isto, nos direitos humanos, revela-se indispensável.

3. Jushumanismo e princípio de justiça

Quer isto dizer, então, que, para defender os direitos humanos, tem de se ser **jushumanista**?¹² Em princípio sim. A questão está no modo como se encara o

11 *Idem*, p. 254.

12 PAULO CUNHA, “Jusnaturalismo e jushumanismo. O desafio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789”, in PAULO CUNHA (Org.), *Direitos Humanos. Teorias e Práticas*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 49, vai mais longe e afirma que “não se pode ser jushumanista fundamentado sem se ser jusnaturalista (ou, ao menos, independentemente do rótulo, se não se for não-positivista), nem se pode ser jusnaturalista consequente se não se for defensor, até um militante, pelos direitos humanos (ou, ao menos, um defensor dessa acção prática)”. E conclui, dizendo que, “[a] opção que consideramos integral e coerente é, pois, a de jusnaturalista jushumanista ou de jushumanista jusnaturalista”.

jushumanismo. Que ele deva ser **pressuposto** para a defesa dos direitos humanos, é algo que nos parece indiscutível. O contrário, aliás, seria estranho. Que ele deva ser o **fundamento** para essa defesa, cremos que vem a ser muito discutível, sobretudo quando se esgota numa concepção redutora e relativa do homem. É que o relativismo na defesa dos direitos humanos pode significar a perda do *nomos* essencial à defesa dos direitos humanos.

Daqui decorre que em todas as correntes – sejam mais jusnaturalistas ou positivistas – a defesa dos direitos humanos há-de ser um desígnio, mas não necessariamente da mesma forma e com os mesmos resultados. Tudo está, afinal, em atingir o verdadeiro *nomos* jurídico¹³. Só que esse *nomos*, independentemente de provir de uma convenção ou da natureza das coisas, há-de ter um *húmus*. E é esse *húmus* que não é igual em todas as correntes, nem mesmo as jusnaturalistas, que, por ser assim, há-de comportar espaços de resultado diversos.

Para termos uma ideia do que dizemos, os crimes de motivação cultural ou, nesta sede com maior propriedade, de motivação religiosa, atentando contra a liberdade e contra valores supremos dos homens, como é o caso da própria vida, em particular o terrorismo, são crimes que afetam os direitos humanos independentemente de haver uma lei que o diga. Porém, na resolução do problema, sobretudo na definição dos limites da tutela penal, o consenso deixa de existir quando se trata de seguir uma corrente mais universalista de proteção de direitos humanos ou mais comunitarista, relativista, dessa tutela. Para os comunitaristas, por exemplo, algumas dessas práticas culturais nem sequer serão criminosas se elas forem explicadas por motivações culturais, étnicas ou religiosas de um certo povo e do seu modo de ser. Não falta mesmo quem entenda que o contrário significará a imposição de um certo etnocentrismo, de um eurocentrismo na visão dos direitos humanos. Ora, a pergunta que se coloca é esta: para lá de qualquer concepção, não haverá um *nomos* que permita uma ordenação das coisas?

Ainda assim, obviamente que a resposta variará consoante a concepção que se adote. Não é contudo esta a nossa preocupação neste momento – não que este ponto seja menos importante, bem pelo contrário, senão porque exigiria um tal aprofundamento que não se compatibilizaria com o que este espaço nos oferece. O que nos preocupa, quando analisamos o problema numa perspetiva que transcende

13 Como explica FARIA COSTA, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns Cruzamentos Reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 195, “O *nomos* é a ordenação das “coisas”, no tempo e no espaço, de tudo aquilo que é humano. A ele se liga, de maneira indestrutível, uma ideia fundacional. Pouco importa indagar se esse laço primevo que dá sentido à cidade resulta do artifício de uma convenção, como queriam os sofistas, ou se é consequência da natureza das coisas. O que se não pode esquecer é que o *nomos* é aquilo que está primeiro e é absolutamente essencial a qualquer comunidade humana. Ou por outras palavras e de maneira negativa: é tudo o que não pode faltar para se caracterizar uma ordem de coisas e de relações como comunidade”.

a do próprio Estado, por isso, numa visão *transestadual*, como julgamos que deve ser a dos direitos humanos, é a de encontrar um critério jurídico válido – nesta sede, mais urgente do que encontrar um fundamento filosófico-político que legitime a tutela dos direitos humanos – para a afirmação dos direitos humanos que transcenda também a lei, incluindo a Constituição, mas que nela encontre legitimação. Já veremos em que se traduz este critério, mas por enquanto importa sublinhar que é esta visão que se impõe na defesa dos direitos humanos, em particular quando apelamos a uma tutela penal dos mesmos. Só assim se justifica que se tenham condenado criminosos contra direitos humanos sem um lastro de direito positivo, prévio e escrito, que o legitimasse: porque, em boa verdade, o que estava em causa era um princípio de justiça que transcendia o ordenamento jurídico de cada Estado, mas que não pode deixar de encontrar acolhimento numa Constituição democrática (ainda que não escrito).

O princípio de justiça vem a estar assim associado à noção de direitos humanos. A proteção dos direitos humanos é acima de tudo uma questão de justiça (sem fronteiras).

4. Visão *transconstitucional*

Mas, sem dúvida que a realização da justiça depende em larga medida da existência de leis, e estas, desde que justas, são indispensáveis à realização daquela. Dar a cada um o que lhe é devido (*suum cuique tribuere*) é uma medida de justiça que se atinge mais facilmente quando, num sistema assente em normas jurídicas positivadas, esse princípio está vertido em normas escritas. Estas normas devem ter como referente axiológico-normativo a Constituição. Mas esta, pela natureza (radicalidade) dos direitos humanos, deve basear-se num *nomos* (qual lei ou costume natural) *transconstitucional* que perdure para lá do texto constitucional de cada Estado, mas que se imponha como critério válido para qualquer lugar e tempo e que, sobretudo, não perca de vista a ideia a promoção da dignidade da pessoa humana. Algo que esteja acima das opções de cada ordenamento jurídico, da vontade de grupos ou interesses imediatos. Algo que aspire a uma certa perenidade. Só assim se pode aspirar a uma definição universal de direitos humanos.

Uma tutela dos direitos humanos, nesta perspetiva, para ser universalmente válida e eficaz, deve ser sobretudo *transconstitucional*. Mas com um sentido muito claro: deve começar por ser *metaconstitucional*, quando tem como ponto de partida o próprio direito interno de cada Estado, no sentido de que o fundamento dos direitos humanos se encontra fora da Constituição, mas nela ganha valor normativo – isto quer dizer que a Constituição vem a ser indispensável na tutela dos direitos humanos; mas uma visão igualmente *transconstitucional*, quando o ângulo é o da transestadualidade, como deve ser o dos direitos humanos – isto significa que a Constituição nos dá a referência axiológico-normativa, inclusive através de

normas não escritas ou simplesmente de princípios que estão para lá desse texto e que têm a pretensão de universalidade, obrigando a uma visão que supere a estadual e que, arrancando da Constituição, seja, não apenas supraconstitucional, mas transconstitucional.

Só esta visão pode verdadeiramente explicar a tutela penal de direitos humanos quando não havia lei escrita que incriminasse as condutas que os pusessem em causa, como vimos no início desta comunicação. Uma visão transconstitucional permite superar os inconvenientes de uma perspectiva estritamente jusnaturalista, sobretudo quando se trata de *aplicar* o direito natural, mas também permite ultrapassar os problemas que os limites do princípio da legalidade colocam num sistema baseado exclusivamente em normas escritas e prévias. E, sobretudo, viabiliza uma protecção transnacional, como, na sua essência, deve ser a dos direitos humanos.

Só assim se compreenderá, por exemplo, que tribunais *ad hoc* internacionais tivessem realizado a justiça penal em Estados onde se tinha invocado a lei nacional para cometer crimes contra a humanidade, contrariando o direito nacional e prescindindo mesmo de uma lei internacional, a não ser a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, ou que o *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional* se sobreponha às leis nacionais dos Estados quando em causa estejam crimes que afectam os direitos humanos, mesmo que essas condutas sejam consentidas pelo direito pátrio desses Estados.

Também assim se compreenderá que, na protecção criminal dos direitos humanos, mesmo que em um Estado se não encontrem positivados tais direitos, ou estejam de uma forma que não seja universalmente aceite, deve ter-se por legitimada qualquer intervenção em defesa desses direitos humanos, quando esta intervenção, ainda que colidindo com as opções desse Estado, tenha na ordem jurídica transnacional, à luz dos princípios universais, aceitação e validade, pela simples razão de que os direitos humanos não podem ficar dependentes de opções jurídicas positivadas ou estaduais, mas devem aspirar a uma efectividade perene, o que o mesmo é dizer, transconstitucional.