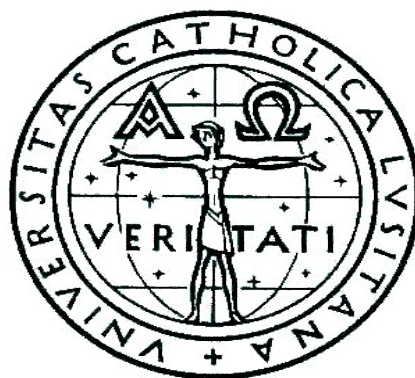


UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA – CENTRO REGIONAL DO PORTO

FACULDADE DE DIREITO



A IMPLEMENTAÇÃO DA “DOCTRINA BUSH” NO PÓS-  
ATENTADOS TERRORISTAS DE 11 DE SETEMBRO DE 2001  
SOB O PRISMA DO ARTIGO 8BIS DO ESTATUTO DO  
TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

---

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO CRIMINAL

POR RUI CANTANTE DE SOUSA

DEZEMBRO 2013

Uma

dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Universidade Católica Portuguesa (Porto)

com a orientação da Senhora Professora Doutora

Maria Isabel Tavares

## AGRADECIMENTOS

Aos meus Pais por nunca terem impedido que prosseguisse os estudos superiores, e por compreenderem a ausência que isso muitas vezes acarreta.

Aos meus Avós por me inculcaram o orgulho de querer ser sempre mais, e melhor, e por acreditarem no meu potencial, contra tudo e contra todos.

Ao Senhor Doutor José Manuel Sá Carneiro que, através do seu exemplo de profissionalismo, dedicação, e espírito de sacrifício, muito me ajudou apesar do curto período de tirocínio que realizei no seu escritório, e que guardarei para sempre como inspiração.

À Senhora Professora Doutora Maria Isabel Tavares, por seu papel ingrato de acompanhar alguém que nada sabia sobre Direito Internacional, e que tornou possível a apresentação da presente dissertação através dos seus comentários, e observações, preciosos – que muito agradeço, e considero.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

<i>AA</i>	American Airlines
<i>AEI</i>	American Enterprise Institute
<i>AGNU</i>	Assembleia Geral das Nações Unidas
<i>AJIL</i>	The American Journal of International Law
<i>AUILR</i>	American University International Law Review
<i>BMLV</i>	Bundesministerium für Landesverteidigung ( <i>alemão</i> : Ministério da Defesa da Áustria)
<i>CDI</i>	Comissão de Direito Internacional
<i>CIA</i>	Central Intelligence Agency
<i>CILJ</i>	Cornell International Law Journal
<i>CNU</i>	Carta das Nações Unidas
<i>CS</i>	Conselho de Segurança
<i>CUJM</i>	Código Uniforme de Justiça Militar
<i>CUP</i>	Cambridge University Press
<i>CVDT</i>	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
<i>CWRJIL</i>	Case Western Reserve Journal of International Law
<i>EIA</i>	Energy Information Administration
<i>EIA</i>	Emirado Islâmico do Afeganistão
<i>EJIL</i>	European Journal of International Law
<i>ETIJ</i>	Estatuto do Tribunal Internacional de

<i>ETPI</i>	Justiça Estatuto do Tribunal Penal Internacional
<i>EUA</i>	Estados Unidos da América
<i>FAA</i>	Federal Aviation Administration
<i>FBI</i>	Federal Bureau of Investigation
<i>FFWA</i>	The Fletcher Forum of World Affairs
<i>FILJ</i>	Fordham International Law Journal
<i>GR</i>	General Assembly
<i>GYIL</i>	German Yearbook of International Law
<i>HILJ</i>	Harvard International Law Journal
<i>HJIL</i>	Heidelberg Journal of International Law
<i>HJLPP</i>	Harvard Journal of Law and Public Policy
<i>IA</i>	International Affairs
<i>ICLR</i>	International Criminal Law Review
<i>JICJ</i>	Journal of International Criminal Justice
<i>MOOC</i>	Massive Open Online Course
<i>MPYUNL</i>	Max Planck Yearbook of United Nations Law
<i>NATO</i>	North Atlantic Treaty Organization
<i>NLR</i>	Naval Law Review
<i>NORAD</i>	North American Aerospace Defense Command
<i>OCI</i>	Organização da Conferência Islâmica
<i>OMPI</i>	Organização dos Mujahidin do Povo Iraniano
<i>ONU</i>	Organização das Nações Unidas
<i>OUP</i>	Oxford University Press
<i>PIDCP</i>	Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

<i>SFC</i>	San Francisco Chronicle
<i>TIAR</i>	Tratado Inter-Americano de Assistência Recíproca
<i>TIJ</i>	Tribunal Internacional de Justiça
<i>TPI</i>	Tribunal Penal Internacional
<i>TPIJ</i>	Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia
<i>UA</i>	United Airlines
<i>UCP</i>	Universidade Católica Portuguesa
<i>UN</i>	United Nations
<i>UNGA</i>	United Nations General Assembly
<i>UPI</i>	United Press International
<i>UPJIL</i>	University of Pennsylvania Journal of International Law
<i>VJIL</i>	Virginia Journal of International Law
<i>WSJ</i>	The Wall Street Journal
<i>WUGSLR</i>	Washington University Global Studies Law Review
<i>YJIL</i>	The Yale Journal of International Law

*“Existe algum homem aqui, existe alguma mulher, deixem-me dizer alguma criança aqui, que não saiba que a semente da guerra no mundo moderno é a rivalidade industrial e comercial?”*

Woodrow Wilson

Discurso sobre o Tratado de Paz e a Sociedade das Nações

(5 de Setembro de 1919)

## SUMÁRIO:

<b>RESUMO.....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
OS ATENTADOS TERRORISTAS DE 11 DE SETEMBRO DE 2001 .....	10
“GUERRA AO TERRORISMO” OU GUERRA DE SUBJUGAÇÃO?.....	13
<b>O ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DO CRIME DE AGRESSÃO .....</b>	<b>17</b>
A AFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE DE NUREMBERGA PELAS NAÇÕES UNIDAS.....	17
O CRIME DE AGRESSÃO NO ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL .....	21
<i>O critério da liderança de facto .....</i>	<i>21</i>
<i>O critério da conduta individual .....</i>	<i>22</i>
<i>O critério da conduta estadual.....</i>	<i>23</i>
<i>O critério da gravidade da conduta estadual.....</i>	<i>26</i>
<b>SOBRE A RESPONSABILIDADE ESTADUAL INTERNACIONAL .....</b>	<b>28</b>
A INVASÃO DO EMIRADO ISLÂMICO DO AFGANISTÃO <i>VERSUS</i> LEGÍTIMA DEFESA.....	28
<i>O requisito do ataque armado.....</i>	<i>28</i>
<i>O requisito da necessidade.....</i>	<i>30</i>
<i>O requisito da proporcionalidade .....</i>	<i>32</i>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>35</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>38</b>
LIVROS, MANUAIS, EDIÇÕES DE INSTITUIÇÕES.....	38
ARTIGOS DE PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS .....	38
JURISPRUDÊNCIA.....	42

## RESUMO

---

Em Junho de 2010, e após uma década de discussão, os Estados-Partes no ETPI decidiram ativar, no âmbito da primeira Conferência de Revisão do Estatuto, a jurisdição do Tribunal quanto ao crime de agressão. Com a presente tese de mestrado proponho subsumir a factualidade da intervenção militar dos EUA, no território do EIA, ao tipo penal do artigo 8*bis*, do ETPI, e perceber se o mesmo foi, ou não, preenchido.

Analiso o evento *sine qua non* a intervenção no Emirado não teria ocorrido – os atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001 –, onde coloco em evidência a certeza (pouco consubstanciada) dos EUA quanto à autoria dos atentados e, por imparcialidade, eventuais interesses geoestratégicos que poderão ter pesado na escolha da identidade do agressor, e sua localização.

Refliço sobre o aspeto histórico, das origens do crime no Julgamento de Nuremberga, sua violação do princípio da legalidade, e a revolução que operou com a abertura do Direito Internacional ao Indivíduo, daí saltando para a apreciação dos seus elementos típicos, segundo o ETPI, quanto aos indivíduos abstratamente responsáveis (autoria), a ação estadual proibida (ilicitude), e a intenção e conhecimento do agente (culpa).

Estudo o argumento da legítima defesa, usado para justificar a violação da proibição do uso da força nas relações estaduais, numa dupla perspetiva: uma alternativa, tendo somente como objeto um ator não-estadual, segundo o critério da incapacidade, ou falta de vontade, do Estado territorial, para atuar contra o mesmo; outra tradicional, tendo como objeto um ator estadual, segundo o critério do abrigo do ator não-estadual, adotado pelo CS.

Termino com a enunciação da conclusão, onde exponho as ilações que retirei da investigação conduzida à luz do princípio da presunção de inocência, e que de seguida passo a apresentar.

## INTRODUÇÃO

---

### OS ATENTADOS TERRORISTAS DE 11 DE SETEMBRO DE 2001

---

Na manhã do dia 11 de Setembro de 2001 dezanove terroristas, *grosso modo* sauditas, e membros da organização terrorista Al-Qaeda<sup>1</sup>, orquestraram o sequestro de quatro aviões comerciais que fizeram colidir com símbolos da hegemonia económica, e militar, dos EUA. Como uma “tempestade perfeita”, os terroristas penetraram território americano sem que fossem barrados pela Imigração<sup>2</sup>; ocultaram do FBI as suas maquinações durante todo o tempo da sua estadia<sup>3</sup>; iludiram o controlo de segurança de três aeroportos<sup>4</sup>; e perpetraram os ataques terroristas sem que tivessem encontrado

---

<sup>1</sup> “Bin Laden foi armado pela CIA e financiado pelos sauditas para fazer a jihad contra a ocupação russa do Afeganistão. Al-Qaida, literalmente ‘a base de dados’, era originalmente o ficheiro de computador que continha os milhares de mujahedin recrutados e treinados com a ajuda da CIA para derrotar os russos.”, Robin Cook, *The struggle against terrorism cannot be won by military means*, The Guardian (8 Julho 2005), disponível em <http://www.guardian.co.uk/uk/2005/jul/08/july7.development>

<sup>2</sup> “A revista de crítica política National Review obteve os pedidos de visto de 15 dos 19 terroristas — e provas que a todos devia ter sido negada entrada no País. Os vistos de quase todos os terroristas foram emitidos na Arábia Saudita, na embaixada dos EUA em Riade ou no consulado dos EUA em Jedá. (...) Os impressos estão incompletos e muitas vezes incompreensíveis (...). Nenhum dos 15 pedidos analisados foi preenchido de modo adequado.”, Martha Raddatz, *State Dept. Lapses Aided 9/11 Hijackers*, ABC News (23 Outubro 2002), disponível em <http://abcnews.go.com/WNT/story?id=130051&page=1>

<sup>3</sup> “O muro (...) que proíbe os investigadores criminais e os agentes dos serviços de informação de partilharem informação entre si (...) remonta à Lei de Vigilância de Inteligência Estrangeira de 1978, que foi redigida para proteger os cidadãos de agências federais onipotentes — como a CIA e o FBI — que podiam ser tentados a usar os seus poderes de investigação particularmente intrusivos concedidos para determinadas operações de recolha de informação em uma grande variedade de processos criminais domésticos.”, Josh Meyer, *Fingers Point at an Intelligence 'Wall'*, LA Times (14 Abril 2004), disponível em <http://articles.latimes.com/2004/apr/14/nation/na-wall14>

<sup>4</sup> “Os controladores de segurança do aeroporto internacional de Washington Dulles (...) atraíram críticas (...) por parte da comissão (...) O relatório da comissão do 11/9 (...) disse que os terroristas que fizeram disparar os alarmes de deteção de metais não deveriam ter sido permitidos seguir em frente até que os objetos suspeitos fossem descobertos.”, NBC News, *Sept. 11 panel criticizes Dulles security screeners*, (22 Julho 2004), disponível em <http://www.nbcnews.com/id/5485376/>; “A família de um indivíduo de Massachusetts falecido nos ataques terroristas de 11 de Setembro de 2001 disse que (...) os problemas de segurança no aeroporto de Boston no dia dos ataques são responsáveis pelo seu homicídio. (...) O processo alega que os controladores de segurança do aeroporto internacional de Logan não foram informados da ameaça terrorista da al-Qaida, não sabiam o que era o gás pimenta e tinham dificuldades em comunicar em inglês. (...) Entre os documentos apresentados pelos autores (...) encontram-se transcrições de depoimentos de controladores de segurança (...) [P]erguntados se possuíam qualquer treino sobre que tipos de armas brancas eram permitidas nas áreas de segurança do aeroporto. A resposta: “Nessa matéria, não temos quaisquer instruções.” “, Associated Press, *Mass. Family's 9/11 Suit questions Logan Airport Security*, New York Post (21 Junho 2011), disponível em [http://www.nypost.com/p/news/local/mass\\_family\\_suit\\_questions\\_logan\\_9BziOq11mBFrnD8u8p5G5N](http://www.nypost.com/p/news/local/mass_family_suit_questions_logan_9BziOq11mBFrnD8u8p5G5N)

qualquer oposição no espaço aéreo durante a totalidade da janela temporal, de cento e vinte minutos<sup>5</sup>, aberta aquando da tomada de conhecimento do sequestro por parte dos controladores de tráfego aéreo, até ao momento da colisão dos aparelhos contra os alvos pretendidos<sup>6</sup>.

Considerado o maior ataque em território norte-americano depois do “Dia da Infâmia”, do bombardeamento japonês da base naval de Pearl Harbor, em 1941, e o mais sangrento desde a Guerra Civil, de 1861-65, mais de três mil pessoas foram vitimadas. Tal qual no período anterior ao ataque de Pearl Harbor, a população norte-americana que não mostrava, antes dos ataques infligidos, qualquer intuito de se envolver numa ação militar no estrangeiro perfilou-se, no dia seguinte, por causa daqueles, em torno da figura do, até então, contestado Presidente<sup>7</sup>, e seu entendimento que atos de guerra – não criminosos – haviam sido praticados, justificando a mobilização dos recursos

---

<sup>5</sup> *Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*, Official Government Edition, págs. 4–14, 2004, disponível em <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-911REPORT/pdf/GPO-911REPORT.pdf>

<sup>6</sup> “Por mais de dois anos depois dos ataques, funcionários da NORAD e da FAA prestaram informações inexatas sobre a resposta dada aos sequestros em depoimentos e entrevistas. As autoridades sugeriram que as defesas aéreas dos EUA reagiram rapidamente, que caças tinham obtido ordem de vôo em resposta aos últimos dois sequestros e que estavam preparados para abater o Vôo 93 da UA caso ameaçasse Washington. De facto (...) gravações do quartel-general nordeste da NORAD e outras provas demonstram claramente que os militares nunca tiveram nenhum dos aviões sequestrados na sua mira e a determinada altura perseguiram um avião fantasma – Vôo 11 da AA – muito depois de ter colidido contra as Torres Gémeas. O Maj. Gen. Larry Arnold e o Coron. Alan Scott disseram à Comissão que a NORAD começou a localização do Vôo United 93 às 9:16 am, mas a Comissão determinou que o avião só foi sequestrado doze minutos depois. Os militares só tiveram conhecimento do vôo depois do mesmo haver colidido na Pensilvânia.”, Dan Eggen, *9/11 Panel Suspected Deception by Pentagon*, The Washington Post (2 Agosto 2006), disponível em <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/08/01/AR2006080101300.html>

<sup>7</sup> “Os votos viciados incluem boletins sem carimbos postais, boletins com carimbos postais do dia seguinte às eleições, boletins sem assinaturas de testemunhas, boletins endereçados de vilas e cidades no interior dos Estados Unidos e mesmo boletins pertencentes a votantes que votaram duas vezes. Tudo teria sido desqualificado caso as leis eleitorais estaduais fossem estritamente cumpridas. (...) De acordo com a lei da Flórida, se o número de boletins de voto incorretos de votantes ausentes exceder a margem de vitória, um juiz pode, em algumas circunstâncias, anular todos os boletins de votantes ausentes que chegaram depois das eleições e basear o resultado apenas naqueles boletins submetidos e recebidos no Dia da Eleição. Com base na contagem final oficial, isso teria dado ao candidato Gore uma vitória por 202 votos. Gore rejeitou o conselho dos assessores.”, David Barstow e Don Van Natta Jr., *EXAMINING THE VOTE; How Bush Took Florida: Mining the Overseas Absentee Vote*, New York Times (15 Julho 2001), disponível em <http://www.nytimes.com/2001/07/15/us/examining-the-vote-how-bush-took-florida-mining-the-overseas-absentee-vote.html?pagewanted=all&src=pm>

militares do País para conquistar o inimigo<sup>8</sup>. Foi neste encadeamento factual que, em 14 de Setembro de 2001, uma autorização<sup>9</sup> foi concedida pelo Congresso ao Presidente para que usasse “de toda a força necessária, e adequada”, contra todas as Nações, organizações ou indivíduos que apurasse como tendo sido os autores materiais, ou morais, dos atos de violência ocorridos três dias antes; ou contra todos aqueles que, apesar de não terem sido autores foram, no entanto, cúmplices daqueles que os executaram.

Com base em provas nunca divulgadas<sup>10</sup>, o inimigo é apresentado por ocasião do discurso do “Estado da Nação” (só mais tarde seriam conhecidas as suas motivações<sup>11</sup>). Encontrava-se localizado no território do EIA – no enfiamento da nova “Rota da Seda” de transporte de gás natural para Ocidente<sup>12</sup> – onde foi autorizado, pelos governantes

---

<sup>8</sup> PBS, *Full Text of President Bush's public remarks during a Cabinet meeting Wednesday*. (12 Setembro 2001), disponível em [http://www.pbs.org/newshour/updates/terrorism/july-dec01/bush\\_speech\\_9-12.html](http://www.pbs.org/newshour/updates/terrorism/july-dec01/bush_speech_9-12.html)

<sup>9</sup> *Authorization for Use of Military Force Against Terrorists* (18 Setembro 2001), disponível em <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ40/html/PLAW-107publ40.htm>

<sup>10</sup> “(...) Em 23 de Setembro, o Secretário de Estado Colin Powell disse a um jornalista que ‘nós apresentaremos ao Mundo, ao povo americano, um caso convincente’ mostrando que bin Laden foi responsável pelos ataques. Mas o amplamente antecipado Livro Branco não pôde ser publicado (...) por falta de factos concretos. ‘Não havia o suficiente para sustentar a nossa posição.’ (...) Semana passada, no entanto, um agente superior da CIA confirmou que os serviços de informação ainda não haviam recolhido uma quantidade significativa de informações concretas sobre as operações terroristas, financiamento, e planeamento. ‘Um dia saberemos, mas de momento não sabemos,’ o agente disse.” Seymour M. Hersh, *What Went Wrong*, *The New Yorker* (8 Outubro 2001), disponível em [http://www.newyorker.com/archive/2001/10/08/011008fa\\_FACT](http://www.newyorker.com/archive/2001/10/08/011008fa_FACT)

<sup>11</sup> “Na décima segunda e última audiência pública da Comissão do 11/9 realizada em 16 de Junho de 2004, na cidade de Washington, uma falange de agentes superiores da Polícia e dos Serviços Secretos do governo americano chegaram para prestar depoimentos. ‘Você estudou e examinou de perto as vidas destas pessoas como ninguém ... O que descobriu sobre o porquê destes homens terem feito aquilo que fizeram?’ perguntou Lee Hamilton, o antigo congressista e vice-presidente da Comissão. ‘O que os motivou a fazê-lo?’ As perguntas a estas questões foram respondidas pelo agente especial de supervisão James Fitzgerald do FBI. ‘Acredito que eles se sintam ultrajados pelos EUA’, disse. ‘Eles identificam-se com o problema Palestiniiano, eles identificam-se com pessoas que se opõem a regimes repressivos e acredito que eles tendem a focar a sua raiva nos EUA.’ ” Mehdi Hasan, *The wrong kind of intervention* (20 Julho 2010), disponível em <http://www.theguardian.com/commentisfree/belief/2010/jul/20/terrorism-policy-theology-islam>

<sup>12</sup> “A construção do gasoduto transafegão esteve em discussão durante alguns anos mas os planos não avançaram devido à situação política instável do Afeganistão. (...) Com a melhoria da segurança regional depois da queda dos Talibã há um ano atrás, Afeganistão, Turquemenistão e o Paquistão decidiram avançar com planos para (...) o gasoduto. (...) Turquemenistão tem algumas das maiores reservas de gás natural do Mundo, mas ainda depende dos fortemente controlados gasodutos russos para o exportar. *(continuação da notas de rodapé)*

locais, a instalar campos de treino para as suas forças paramilitares por dispensar, em troca, assistência militar na luta contra a Aliança do Norte (uma coligação de senhores da guerra representantes do período de desordem civil subsequente à queda do regime afegão pró-soviético), e ajuda financeira à reconstrução da infraestrutura do País, destruída durante a intervenção soviética de 1979-89.

Os Talibãs precisavam tomar uma posição: ou extraditavam os líderes da al-Qaeda, e encerravam suas instalações, ou compartilhariam o seu destino. Perante o “salto da fé” exigido os governantes locais encontraram orientação no código de conduta Pashtun<sup>13</sup>, que obriga à defesa dos aliados mesmo que a expensas da própria vida conduzindo, semanas depois, ao seu afastamento por meio de intervenção militar. Invocando legítima defesa contra a al-Qaeda (pelo alegado papel central nos ataques de 11 de Setembro), e contra o regime Talibã (por alegadamente consentir na utilização de território afegão como base de operações, e recusar inverter sua política), a operação teve como objetivo prevenir novos ataques terroristas em solo norte-americano<sup>14</sup>.

---

#### “GUERRA AO TERRORISMO” OU GUERRA DE SUBJUGAÇÃO?

---

Em Setembro de 2002, sob a epígrafe ‘Estratégia de Segurança Nacional’, o plano de ação para combater a crise é apresentado ao público norte-americano, caracterizado pela síntese das teorias de relações internacionais do idealismo, e do realismo<sup>15</sup>. Porque na primeira conceção, um Mundo que preze a Democracia é mais pacífico (por as

---

Ashgabat tem há muito desesperado por encontrar uma rota de exportação alternativa.” Ian McWilliam, *Central Asia pipeline deal signed*, BBC News (27 Dezembro 2002), disponível em [http://news.bbc.co.uk/2/hi/south\\_asia/2608713.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/2608713.stm)

<sup>13</sup> Hasan Jafri e Lewis Dolinsky, *Why bombing and warnings are not working*, SFC (16 Outubro 2001), disponível em <http://www.sfgate.com/default/article/Why-bombing-and-warnings-are-not-working-2868826.php>

<sup>14</sup> *Letter of John Negroponte to the President of the Security Council* (7 Outubro 2001), disponível em [http://avalon.law.yale.edu/sept11/un\\_006.asp](http://avalon.law.yale.edu/sept11/un_006.asp)

<sup>15</sup> “A estratégia de segurança nacional dos EUA basear-se-á num internacionalismo distintamente americano que reflita a união dos nossos valores e dos nossos interesses nacionais. (...)”, *The National Security Strategy of the United States of America* (2002), pág. 1, disponível em <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>

democracias serem menos propensas à guerra ou, quando muito, a guerrear entre si<sup>16</sup>) e, porque nos termos da segunda, os EUA tornaram-se, no período pós-Guerra Fria, a única superpotência com capacidade para atuar unilateralmente, se necessário, em defesa de seus interesses nacionais<sup>17</sup>, uma política externa consequente seria aquela que, juntando ambas as escolas, promovesse militarmente a Democracia no Médio Oriente<sup>18</sup>.

Não surpreende, assim, a arrumação, no plano ético, da resolução do problema do terrorismo como luta do “Bem” (EUA, e Aliados) contra o “Mal” (todos os demais)<sup>19</sup>; nem tão-pouco a confusão, no plano legal, dos conceitos de ator estadual (o Estado-hóspede de terroristas), e ator não-estadual (o grupo terrorista)<sup>20</sup>, ou legítima defesa preventiva (para impedir um perigo iminente), e preemptiva (para impedir um perigo futuro)<sup>21</sup>. Para o Presidente Bush, e apaniguados, num Mundo de hegemonia global benevolente compete ao direito internacional, e suas instituições, acompanhar – não constringer – o “dever ser”<sup>22</sup>. O caráter quase universal dos princípios políticos, e

---

<sup>16</sup> “(...) estamos a trabalhar numa causa vital e histórica que tornará o nosso País mais seguro. (...) Governos livres no Médio Oriente lutarão contra os terroristas ao invés de os abrigarem.”, The Washington Post, *President Bush's Acceptance Speech to the Republican National Convention* (2 Setembro 2004), disponível em <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A57466-2004Sep2.html>

<sup>17</sup> Charles Krauthammer, *The Unipolar Moment*, Foreign Affairs (1990/1991), pág.s 23-32, disponível em <http://www.metu.edu.tr/~utuba/Krauthammer.pdf>; William Kristol e Robert Kagan, *Toward a Neo-Reaganite Foreign Policy*, Foreign Affairs (July/August 1996), págs. 18-32, disponível em <http://carnegiendowment.org/1996/07/01/toward-neo-reaganite-foreign-policy/lea>

<sup>18</sup> “Acredito no poder transformador da liberdade. O uso mais sábio da força Americana é fazer avançar a liberdade.”, The Washington Post, *President Bush's Acceptance Speech to the Republican National Convention*, *supra* nota 16

<sup>19</sup> “Qualquer Nação em qualquer região agora tem uma decisão a tomar. Ou estão connosco, ou estão com os terroristas.” CNN, *Transcript of President Bush's address* (21 Setembro 2001), disponível em <http://edition.cnn.com/2001/US/09/20/gen.bush.transcript/>

<sup>20</sup> “Não faremos distinção entre os terroristas que cometeram estes atos e aqueles que os abrigaram.”, George W. Bush, *Statement by the President in His Address to the Nation* (11 Setembro 2001), disponível em <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010911-16.html>

<sup>21</sup> “Durante séculos, o direito internacional reconheceu que as nações não necessitam sofrer um ataque antes de poderem legalmente atuar em defesa própria contra forças que representam um perigo iminente de ataque. Juristas e doutrina internacional de reconhecido mérito muitas vezes condicionaram a legitimidade da preempção à existência de uma ameaça iminente – frequentemente através da mobilização visível de exércitos, marinhas, e forças aéreas em preparação para o ataque.”, *The National Security Strategy*, *supra* nota 15, pág. 15

<sup>22</sup> “O propósito da América é mais do que seguir um processo – é atingir um resultado (...). Qualquer ação que seja requerida, sempre que a ação for necessária, defenderei a liberdade e a segurança do povo (*continuação da notas de rodapé*)

económicos, pelos quais os EUA peleiam teriam de representar conforto suficiente aos olhos da comunidade internacional tanto mais que, ainda que alguma destruição fosse causada, ou vidas fossem perdidas, no final uma realidade melhor haveria resultado para todos<sup>23</sup>.

Incertezas emergem relativamente à boa-fé da Administração Bush quando são detetadas semelhanças entre o documento supramencionado, e um outro produzido durante a presidência de Bush sénior, intitulado “Estratégia de Defesa Regional”. Onde questões como o uso unilateral da força, ou a guerra preemptiva, são discutidas com uma década de avanço como instrumentos de defesa dos interesses ultramarinos dos EUA<sup>24</sup>, e preservação do seu *status* de única superpotência no pós-Guerra Fria<sup>25</sup>; não como métodos proporcionados de combate ao terrorismo<sup>26</sup>. Um dos palcos desses interesses localiza-se na Ásia Central<sup>27</sup>.

---

americano.”, George W. Bush, *President Bush's State of the Union Speech* (28 Janeiro 2003), disponível em [http://www.pbs.org/newshour/bb/white\\_house/jan-june03/sotu\\_text2\\_2003.html](http://www.pbs.org/newshour/bb/white_house/jan-june03/sotu_text2_2003.html)

<sup>23</sup> “O Mundo tem um claro interesse na disseminação dos valores democráticos, pois nações estáveis e livres não alimentam ideologias homicidas. Elas encorajam a procura pacífica de uma vida melhor. (...)”, George W. Bush, *President Bush Speaks At AEI*, (26 Fevereiro 2003), disponível em <http://www.nationalreview.com/articles/206049/president-bush-speaks-aei/nro-primary-document>

<sup>24</sup> “(...) os EUA não podem (...) permitir que os seus interesses essenciais dependam unicamente de mecanismos internacionais que podem ser bloqueados por países cujos interesses podem ser muito diferentes dos nossos. (...) Devemos conservar a capacidade para abordar seletivamente aqueles problemas de segurança que ameaçam os nossos próprios interesses (...) fundamental para a nossa capacidade de liderar, e (...) agir autonomamente, quando necessário (...)”, Secretary of Defense Dick Cheney, *Defense Strategy for the 1990s: The Regional Defense Strategy* (Janeiro 1993), pág. 4, disponível em [http://www.informationclearinghouse.info/pdf/naarpr\\_Defense.pdf](http://www.informationclearinghouse.info/pdf/naarpr_Defense.pdf)

<sup>25</sup> “O terceiro objetivo é de impedir qualquer poder hostil de dominar uma região essencial para os nossos interesses, e (...) assim (...) o ressurgimento de uma ameaça global aos interesses dos EUA e nossos aliados. Essas regiões incluem (...) o Médio Oriente/Golfo Pérsico (...). Controlo consolidado, e não-democrático dos recursos de tão crítica região podiam gerar uma ameaça significativa para a nossa segurança.”, *Idem*, pág. 4; “No Golfo Pérsico devemos (...) salvaguardar o acesso (...) às importantes fontes de petróleo da região. (...) Um Iraque revigorado ou um Irão rearmado poderiam atuar nesta década para dominar o Golfo e seus recursos. Devemos permanecer preparados para agir decisivamente na (...) região como fizemos nas Operações Escudo do Deserto e Tempestade no Deserto se os nossos interesses vitais forem ameaçados novamente.”, *The Regional Defense Strategy*, *supra* nota 24, pág. 21

<sup>26</sup> “(...) Devemos estar preparados para crises e contingências decorrentes de conflitos de pequena intensidade, que incluem terrorismo, insurreição, e subversão. (...) Devemos estar preparados para levar a cabo operações de pequena escala que requerem forças dotadas de conhecimentos especiais, equipamento, e abordagens. Essas operações incluem evacuações de não-combatentes, missões de *(continuação da notas de rodapé)*

Em 1999, os Estados Unidos da América importavam mais de metade do consumo de petróleo (igual a 25% da produção mundial), prevendo um crescimento na procura, ao passo que estimativas para o ano de 2020 apontavam os países do Golfo Pérsico como fornecendo entre 54% a 67% do petróleo mundial<sup>28</sup>. A redução do risco da cartelização de preços, por parte desses países, seria inversamente proporcional à aposta realizada em novos fornecedores, e tipos, de energia<sup>29</sup>. Um Afeganistão unificado, pacificado, e aberto ao mercado, possibilitaria acesso concorrencial não apenas a tais reservas alternativas<sup>30</sup>, como aos próprios bens transacionáveis do País<sup>31</sup>.

Durante o mandato Clinton a implementação do plano é discutida no relatório “Reconstruindo as Defesas da América”, do *think-tank* neoconservador “Projeto para

---

manutenção da paz, resgate de reféns, contrainsurgência e contraterrorismo.”, *The Regional Defense Strategy*, *supra* nota 24, pág. 16

<sup>27</sup> “Nós iremos fortalecer a nossa segurança energética (...) cooperando com os nossos aliados, parceiros comerciais, e produtores de energia para expandir as fontes e os tipos de abastecimento energético mundial, especialmente na (...) Ásia Central, e na região do Cáspio.”, *The National Security Strategy*, *supra* nota 15, pág. 19

<sup>28</sup> *Report of the National Energy Policy Development Group*, Chapter 8: Strengthening Global Alliances, 2001, pág. 3-4, disponível em <http://www.wtrg.com/EnergyReport/National-Energy-Policy.pdf>

<sup>29</sup> “(...) a região da Ásia Central e a bacia do Mar Cáspio são conhecidas por conter reservas de gás natural e petróleo que ultrapassam as do Kuwait, do Golfo do México, e do Mar do Norte.” Zbigniew Brzezinski, *The Grand Chessboard: American Primacy and Its Geostategic Imperatives*, 1ª Ed., 1997, pág. 125

<sup>30</sup> “Se os principais oleodutos da região continuarem a passar através de território russo via Novorossiysk (...) a região permanecerá uma dependência política, com Moscovo numa posição dominante para determinar como a recém-descoberta riqueza da região deve ser partilhada. Contudo, se outro oleoduto atravessar o Mar Cáspio para o Azerbaijão e daí para o Mediterrâneo através da Turquia e se um outro dirigir-se para o Mar Árábico através do Afeganistão, nenhum poder terá monopólio sobre o acesso.”, Zbigniew Brzezinski, *supra* nota 29, pág. 140

<sup>31</sup> “De acordo com a agência governamental EIA, enquanto as reservas estimadas de petróleo são relativamente modestas, ‘com talvez até 100 milhões de barris,’ as reservas de gás natural do País são muito mais substanciais. Como o Norte do Afeganistão é uma ‘extensão para Sul da bacia de Amu Darya, rica na produção de gás natural,’ o Afeganistão ‘tem reservas de gás natural provadas, e prováveis de aproximadamente cinco triliões de pés cúbicos.’”, John C. K. Daly, *Analysis: Afghanistan's untapped energy riches*, UPI (24 Outubro 2008), disponível em [http://www.upi.com/Business\\_News/Energy-Resources/2008/10/24/Analysis-Afghanistans-untapped-energy-riches/UPI-96301224860420/](http://www.upi.com/Business_News/Energy-Resources/2008/10/24/Analysis-Afghanistans-untapped-energy-riches/UPI-96301224860420/); “Os EUA descobriram perto de 1 trilião de dólares em depósitos minerais inexplorados no Afeganistão (...) incluindo grandes quantidades de ferro, cobre, cobalto, ouro e metais industriais importantes como lítio (...) podendo o Afeganistão transformar-se num dos mais importantes centros mineiros do Mundo (...)”, James Risen, *U.S. Identifies Vast Mineral Riches in Afghanistan*, *The New York Times* (13 Junho 2010), disponível em <http://www.nytimes.com/2010/06/14/world/asia/14minerals.html?pagewanted=all& r=0>

um Novo Século Americano”, onde é conferido às Forças Armadas o papel de *longa manus* dos ideais políticos, e interesses norte-americanos no Mundo<sup>32</sup>. Na sua gênese, os neoconservadores representavam indivíduos que, embora não ligados *ab initio* ao conservadorismo, encabeçado pelo Partido Republicano, filiaram-se mais tarde desiludidos com a deriva antiguerra do Partido Democrata, em consequência da intervenção no Vietname. Apologistas de uma política externa que privilegia o uso da força como resposta à oposição de regimes totalitários (v.g., a crise dos reféns no Irão, em 1979, ou o atentado de Lockerbie, em 1988), e organizações terroristas (v.g., Hezbollah, em 1983, durante a Guerra Civil libanesa, ou a al-Qaeda, em 1993, em Nova Iorque), aos interesses dos EUA no Médio Oriente<sup>33</sup>, os atuais neoconservadores – como Bush, Cheney, Rumsfeld, ou Wolfowitz – podem ter observado os atentados de 11 de Setembro como uma oportunidade para pôr em prática a sua doutrina política, sob o pretexto do contraterrorismo.

---

## O ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DO CRIME DE AGRESSÃO

---

### A AFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE DE NUREMBERGA PELAS NAÇÕES UNIDAS

---

Findas as hostilidades da 2ª Guerra Mundial, concernentes aos campos de batalha europeus, iniciou-se em Londres, por insistência estadunidense, o caminho da responsabilização dos dirigentes, políticos e militares, nazis, com a assinatura, pelas quatro potências vitoriosas, do Acordo para o Julgamento e Punição dos Principais Criminosos de Guerra do Eixo Europeu, e seu anexo, a Carta do Tribunal Militar Internacional, donde constava, não só o esboço do primeiro tribunal internacional da

---

<sup>32</sup> “Mesmo que os meios utilizados no campo de batalha mudem (...) a necessidade de manobras terrestres para atingir resultados políticos decisivos subsiste. Os regimes dificilmente mudam somente com sanções. (...) O domínio militar americano continuará a depender significativamente na capacidade de possuir forças terrestres suficientes para atingir objetivos políticos como a remoção de regimes hostis e perigosos quando necessário. (...) Não podemos permitir que a Coreia do Norte, Irão, Iraque, ou estados similares minem a liderança dos EUA (...)”, *Rebuilding America's Defenses – Strategy, Forces and Resources For a New Century*, Setembro 2000, págs. 30, 61, 75, disponível em <http://www.loc.gov/resource/lcwa00010308.5D5hhNOB0r5PTpxmkxz3Rg#?time=20030617183518>

<sup>33</sup> David Schanzer, *9/11 and Its Aftermath – Part 1* (MOOC), Duke University, ‘Terrorism Prior to 9/11’, Video Lecture, Week 6, disponível em <https://www.coursera.org/>

história, e a previsão dos crimes pelos quais a cúpula nazi sobrance deveria responder (crimes contra a paz, crimes de guerra, e crimes contra a humanidade), como também as regras processuais regentes da condução do julgamento.

Nuremberga, o então centro geográfico da ideologia nacional-socialista, afigurava-se uma escolha natural para acolher o evento, dado o simbolismo político do local<sup>34</sup>. Por inexistência, aquando das várias incursões de conquista conduzidas pela Alemanha nazi, de qualquer lei prévia internacional que criminalizasse a conduta beligerante dos líderes daquele País (a guerra havia sido enjeitada através de sucessivos tratados internacionais como forma de resolução das contendas entre Estados, mas nenhuma consequência havia sido prescrita em relação aos líderes dos países transgressores), e por os autores das atrocidades cometidas durante o 3º Reich não poderem passar incólumes, os procuradores, e juízes, Aliados, não se coibiram, em nome da Justiça<sup>35</sup>, de condenar, *ex post facto*, por comissão do “supremo crime internacional”, aqueles que derrotaram poucos meses antes, *a contrario* seu posicionamento oficial, de cumplicidade, evidenciado ao tempo dos atos<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> “(...) os Nazis organizaram comícios políticos em Nuremberga desde a fundação do partido. Um dos quartéis-generais regionais encontrava-se localizado na cidade. Além disso, as leis Nazis que despojaram os judeus dos seus direitos enquanto cidadãos alemães emanaram de Nuremberga, e eram conhecidas como as Leis de Nuremberga de 1935.”, Henry T. King Jr., *Robert Jackson’s Place in History: Nuremberg Revisited*, Chautauqua Institution, Nova Iorque (13 Junho 2003), disponível em <http://www.roberthjackson.org/the-man/speeches-articles/speeches/speeches-related-to-robert-h-jackson/robert-jacksons-place-in-history-nuremberg-revisited/>

<sup>35</sup> “A Justiça requeria o castigo daqueles homens, apesar do facto de acordo com o direito positivo eles não serem passíveis de castigo ao tempo que realizaram os atos tornados puníveis com força retroativa. (...) Ou, como o Tribunal colocou, depois de afirmar que o agressor devia saber que a invasão de países vizinhos não era correto, ‘longe de ser injusto puni-lo, teria sido injusto se o seu mal fosse permitido ficar impune’”, Thomas Weigend, ‘*In General a Principle of Justice*’ – *The Debate on the ‘Crime against Peace’ in the Wake of the Nuremberg Judgment*, JICJ, Vol. 10, 2012, pág. 54

<sup>36</sup> “O reconhecimento pronto da anexação da Áustria pela Alemanha (...) Relativamente à agressão alemã contra a Checoslováquia, seu começo foi realizado através de acordo entre os agressores e algumas das atuais potências acusatórias. (...) O relato dos eventos pelo Tribunal que conduziram à agressão contra a Polónia omite qualquer referência ao papel de importância vital desempenhado pela URSS tanto antes como depois do facto. (...) A postura assumida pelo governo dos EUA (...) de emitir em cada uma das ocasiões a habitual proclamação de neutralidade.”, George A. Finch, *The Nuremberg Trial and International Law*, AJIL, Vol. 41, Nº 1, 1947, págs. 26-28, disponível em <http://www.st-andrews.ac.uk/itsold/papers/public/miscellaneous/printingproblems/nurem.pdf>

Para assegurar o prevalecimento do primado do Direito, sobre o primado da vingança (entre os partidários das execuções sumárias contavam-se figuras como Churchill, ou Estaline), foi decidido criar um precedente<sup>37</sup>, de responsabilização criminal individual<sup>38</sup>, da liderança de um País, por iniciação de uma guerra de agressão<sup>39</sup> em nome dos seus concidadãos, como foi reconhecida a noção que a gravidade de certos crimes é tal, por afetarem a comunidade internacional no seu todo, que os Estados têm a obrigação de julgar os seus perpetradores independentemente de qualquer conexão de nacionalidade com o agente, ou vítima, ou de territorialidade com o local da prática da infração<sup>40</sup>.

Estava dado o primeiro passo no sentido da criação de um novo ramo do Direito Internacional, voltado para o castigo de indivíduos cujas ações, nos termos do

---

<sup>37</sup> “Nuremberga constituiu aquilo que alguns comentaristas chamam de ‘Momento Grociano’ – uma situação na qual há uma mudança tão fundamental no sistema internacional que um novo princípio de direito internacional consuetudinário pode surgir com uma invulgar rapidez.”, Michael P. Scharf, *Joint Criminal Enterprise, the Nuremberg Precedent, and the Concept of ‘Grotian Moment’*, em *Accountability for Collective Wrongdoing*, 1<sup>st</sup> Ed., CUP, 2011, pág. 121

<sup>38</sup> “O facto notável é que a barreira entre Direito Internacional e o Indivíduo, normalmente constituída pela soberania estadual, foi atravessada. De acordo com a tradicional visão dualista, o direito doméstico e o direito internacional diferem no que diz respeito ao seu objeto *ratione personae*. O direito internacional dirige os seus comandos aos Estados, enquanto o direito doméstico lida com indivíduos particulares. Nuremberga acabou com a tradicional conceção de relacionamento entre os diferentes níveis legais do edifício legal. Foi um salto quântico necessário e desejável. Num Mundo em que a observância e o respeito pelos direitos humanos constitui um dos axiomas básicos do direito internacional, teria sido absolutamente incongruente lidar com violações massivas dos direitos humanos unicamente de acordo com mecanismos tradicionais interestaduais. A noção que ditadores poderiam proteger-se de qualquer condenação através da promulgação de leis que legalizassem o crime e a injustiça em conformidade com um conceito formal do Estado de Direito, tornou-se insuportável no âmbito de um novo direito internacional guiado pelos direitos humanos.”, Christian Tomuschat, *The Legacy of Nuremberg*, JICJ, Vol. 4, 2006, pág. 840, disponível em <http://jicj.oxfordjournals.org/content/4/4/830.full.pdf+html>

<sup>39</sup> “Os atos punidos constituíam guerras de conquista envolvendo a aquisição pela força de território sob a soberania de outros Estados. (...) O teor geral do julgamento do Tribunal de Tóquio era o de que uma guerra de agressão tinha como seu objeto a aquisição de território ou a subjugação, i.e. o controlo *de facto*, de outros Estados. O conceito de subjugação é útil e evita dificuldades em casos em que o agressor opera através de governos fantoches. (...) Os Tribunais Militares Internacionais estavam interessados no uso da força como um instrumento de egoísmo, para a extensão do território ou de subjugação”, Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, OUP, 1963, págs. 208, 213

<sup>40</sup> Henry T. King, Jr., *Without Nuremberg – What?*, WUGSLR, Vol. 6, 2007, págs. 657-659, disponível em <http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1158&context=globalstudies>

preâmbulo do TPI – o sucessor (permanente) do Tribunal de Nuremberga<sup>41</sup> –, “constituem uma ameaça à paz, à segurança, e ao bem-estar da Humanidade”, independentemente do cargo ocupado pelos mesmos na hierarquia administrativa do Estado. A cultura de impunidade que até então grassava no plano internacional, assente no entendimento que apenas o Estado era suscetível de personalidade jurídica (*i. e.*, ser titular de direitos, e obrigações), conhecia o seu ocaso<sup>42</sup>.

Com o objetivo de acomodar a nova *práxis*, a comunidade internacional, organizada institucionalmente em torno da ideia renovada que era preciso pôr cobro ao flagelo da guerra, substituindo-a pela promoção do diálogo entre os povos do Mundo, decidiu em 1946, por iniciativa dos EUA, unanimemente afirmar<sup>43</sup> (*i.e.*, manifestar a convicção da obrigatoriedade da sua observância na prática estadual), através do seu órgão deliberativo próprio – a AGNU –, o resultado do labor jurisprudencial desenvolvido em Nuremberga: os denominados “Princípios de Nuremberga”, concretizados em 1950, a pedido daquele órgão, pela CDI<sup>44</sup>. Uma guerra de agressão era agora um crime acarretando, para os seus perpetradores, responsabilidade pessoal<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> “Os julgamentos de Nuremberga nunca foram destinados a serem meros eventos históricos. Aqueles que neles participaram viram-nos como o princípio de uma nova era de responsabilidade. (...) John Parker, um dos juizes suplentes do Tribunal, disse, ‘não é demais esperar que aquilo que fizemos possa ter lançado os alicerces para a criação de um tribunal permanente com um código tipificando crimes de caráter internacional e provendo ao seu castigo.’”, Philippe Kirsch, *Applying the Principles of Nuremberg in the International Criminal Court*, WUGSLR, Vol. 6 2007, págs. 502-503, disponível em <http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1146&context=globalstudies>

<sup>42</sup> “Os crimes contra o direito internacional são perpetrados por homens, não por entidades abstratas, e apenas através da punição dos indivíduos que cometeram tais crimes podem as provisões do direito internacional ser cumpridas.”, *France et al. v. Goering et al.*, International Military Tribunal, 1946, pág. 55, disponível em [http://crimeofaggression.info/documents/6/1946\\_Nuremberg\\_Judgement.pdf](http://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf)

<sup>43</sup> *Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal*, UNGA Res. 95 (I), (11 Dezembro 1946), disponível em [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/95\(I\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/95(I))

<sup>44</sup> *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal*, [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7\\_1\\_1950.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf)

<sup>45</sup> “O costume [uma fonte de direito prevista no artigo 38(1)(b) do ETIJ] exige a verificação simultânea dos elementos da prática estadual, ou *usus*, e uma convicção legal que tal prática é realmente exigida como uma questão de direito — a última referindo-se ao elemento subjetivo do costume, ou *opinio juris*. Relativamente ao elemento da prática, o TIJ no passado considerou atos administrativos, legislação, decisões judiciais, e tratados como exemplos de prática estadual. (...) Resoluções adotadas por uma organização internacional dizem respeito à ‘manifestação do elemento da *opinio juris*’. (...) Como (*continuação da notas de rodapé*)

Quando em Março de 2003 – no âmbito de um processo-crime instaurado contra ativistas da paz por invasão de uma base aérea, e destruição de propriedade militar – a última instância judicial britânica foi chamada a pronunciar-se sobre a questão preliminar da existência, no direito penal inglês, do crime cuja comissão os indivíduos intentavam prevenir (o crime de agressão contra o Estado do Iraque), concluiu afirmativamente mas quanto à sua verificação no domínio do costume internacional<sup>46</sup>.

## O CRIME DE AGRESSÃO NO ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

---

### O CRITÉRIO DA LIDERANÇA *DE FACTO*

---

Nem todo o indivíduo poder-se-á qualificar como autor, mas somente aquele<sup>47</sup> que gozar de capacidade efetiva para exercer controlo sobre, ou dirigir a ação política, ou militar, de um Estado<sup>48</sup>. Ficam isentos de responsabilidade aqueles cuja ação é instrumental à execução de um plano predeterminado – caso do soldado que obedece às ordens do superior hierárquico – por ausência de controlo. Como os chamados grupos

---

exemplo encontra-se a Resolução 95 (I) da AGNU de 11 de Dezembro de 1946, nos termos da qual a criminalização da ‘promoção de uma guerra agressiva’ foi ‘afirmada’. Com esta resolução a comunidade internacional ‘expressou a opinião de que [o crime de execução de uma guerra agressiva] era válido em geral, e não apenas em relação às potências do Eixo’. Além disso, a Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional Relativos às Relações Amigáveis e à Cooperação entre Estados confirma que ‘guerra agressiva’ é um crime contra a paz internacional. O TIJ baseou-se, na verdade, em um número de casos (particularmente os casos de ‘Nicarágua’ e a ‘Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares), e resoluções da AGNU para provar a existência de *opinio juris*.’, Gerhard Kemp, *Individual criminal liability for the international crime of aggression*, Dissertation, Março 2008, págs. 185-187, disponível em [http://scholar.sun.ac.za/bitstream/handle/10019.1/1494/kemp\\_individual\\_2008.pdf?sequence=1](http://scholar.sun.ac.za/bitstream/handle/10019.1/1494/kemp_individual_2008.pdf?sequence=1)

<sup>46</sup> Opinion of Lord Bingham of Cornhill, *R v. Jones et al* (Conjoined Appeals), (29 Março 2006), para. 12-18, disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/jones.pdf>

<sup>47</sup> “No que diz respeito ao ato de agressão, mais do que uma pessoa pode encontrar-se em condições de preencher estes critérios.”, *RC/Res. 6, Annex II, Elements, 2nd paragraph’s footnote*, disponível em [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf); “Existia um entendimento geral quanto à inclusão do projeto do artigo 25, parágrafo 3 bis, que garantiria que o requisito da liderança não se aplicaria apenas ao principal perpetrador, mas a todas as formas de participação.”, *Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression* (ICC-ASP/6/20/Add.1/Annex II), para. 18, disponível em [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/SWGCA/ICC-ASP-6-20-Add1-AnnexII-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/SWGCA/ICC-ASP-6-20-Add1-AnnexII-ENG.pdf)

<sup>48</sup> “Contrariamente aos outros crimes inseridos na jurisdição do TPI, esta disposição limita aqueles que podem ser julgados por agressão aos Presidentes, Primeiros-Ministros, e líderes militares superiores como Ministros da Defesa bem como Generais.”, Michael P. Scharf, *Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression*, HILJ, Vol. 53, Nº 2, 2012, pág. 363, disponível em <http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2012/10/HILJ201.pdf>

de pressão (ou *lóbis*)<sup>49</sup> – porta-vozes de determinados interesses estratégicos como a venda de armas, de petróleo, ou a segurança do Estado de Israel – por nada haverem promulgado (ausência de controlo efetivo)<sup>50</sup>. Apenas poderá ser autor de um crime de agressão aquele indivíduo que mostrar poder concreto (e não meramente formal) para, através das suas tomadas de posição acionar a vontade coletiva que governa, e usar da sua força nas relações com outros Estados<sup>51</sup>.

---

#### O CRITÉRIO DA CONDUTA INDIVIDUAL

---

Para responder criminalmente por um ato de agressão estadual em violação manifesta da CNU, exige-se do indivíduo uma contribuição determinante para a concretização da conduta estadual, identificada através do nexó ‘planeamento, preparação, iniciação ou execução’<sup>52</sup>.

A fórmula procedente do artigo 6º da Carta de Nuremberga, e adotada por razões históricas, procede à substituição do vocábulo ‘promoção’ pelo termo ‘execução’, com o intuito de rejeitar a criminalização da declaração formal de guerra desacompanhada da

---

<sup>49</sup> “Também foi sugerido que uma nota de rodapé semelhante pudesse ser inserida para refletir opiniões anteriormente discutidas de que o crime de agressão também podia ser perpetrado por industriais (porventura através da inserção de uma referência à jurisprudência de Nuremberga); porém, advertiu-se para a falta de um consenso claro na matéria no seio do Grupo Especial de Trabalho e que poderia haver algum perigo de inadvertidamente alargar o âmbito da definição do requisito da liderança. Esta matéria não mais foi discutida no Grupo.”, Stefan Barriga e Claus Kress, *The travaux préparatoires of the crime of aggression*, 1<sup>st</sup> Ed., CUP, 2012, pág. 67

<sup>50</sup> “Como a CDI fez notar, ‘controlo ou direção’ é um critério extremamente restritivo: O termo ‘controlo’ refere-se a situações de domínio sobre a perpetração da conduta ilícita e não simplesmente ao mero exercício de superintendência, e muito menos mera influência ou interesse. Similantemente, a palavra ‘direção’ não engloba mero incitamento ou sugestão mas ao invés implica direção efetiva de tipo operacional.”, Kevin Jon Heller, *Retreat from Nuremberg: The leadership requirement in the crime of aggression*, EJIL, Vol. 18, 2007, pág. 19, disponível em <http://www.ejil.org/pdfs/18/3/135.pdf>

<sup>51</sup> “Não obstante o critério do ‘controlo efetivo’ ser mais rigoroso que aquele de Nuremberga da ‘formalização ou influência da política’, o ‘afastamento de Nuremberga’ é justificado pois os critérios da ‘formalização ou influência’ ou análogo são demasiado vagos posto que, especialmente em democracias, um grupo demasiado amplo de pessoas seria abrangido.” Kai Ambos, *The Crime of Aggression after Kampala*, GYIL, Vol. 53, 2010, pág. 21, disponível em [http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option.com\\_docman/Itemid.133/gid.608/task.doc\\_download/](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option.com_docman/Itemid.133/gid.608/task.doc_download/)

<sup>52</sup> “Planeamento consiste na ‘formulação de um projeto ou de um esquema para uma guerra de agressão específica’, ao passo que a preparação é constituída pelas ‘várias medidas tomadas para implementar o plano’ antes do começo efetivo das hostilidades. A iniciação encontra-se ligada à inauguração da guerra, enquanto a execução prossegue enquanto a guerra continuar a ser travada.”, Yoram Dinstein, *War, aggression, and self-defense*, CUP, 5<sup>th</sup> Ed., 2012, pág. 141

ocorrência de alterações armadas abrangentes entre dois, ou mais, Estados. Ao colocar o acento tónico no ‘uso de força armada’ – com a exclusão da ameaça, e tentativa, de agressão – o artigo 8bis impõe a materialização da conduta estadual<sup>53</sup>.

Com a previsão adicional dos atos preparatórios do ‘planeamento’, e ‘preparação’, os Estados Partes sublinham unicamente que, no acaso da conduta estadual realizada haver sido premeditada, uma censura mais grave deve ser aplicada<sup>54</sup>.

Juntamente com a execução voluntária, e injustificada, da conduta estadual proibida, deve igualmente ficar demonstrado que o agente atua com conhecimento que a perpetração daquela, tendo em conta a conjuntura factual reinante ao tempo da sua execução, constitui uma violação manifesta da CNU<sup>55</sup>.

---

#### O CRITÉRIO DA CONDUTA ESTADUAL

---

O parágrafo 2, do artigo 8bis, do ETPI, define a conduta estadual como o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política doutro Estado, ou de qualquer outra forma inconsistente com a CNU. Por

---

<sup>53</sup> “O ato de agressão – o uso da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou de qualquer outra maneira inconsistente com a CNU – foi perpetrado.”, *RC/Res. 6, Annex II, Elements, para. 3*, disponível em [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf)

<sup>54</sup> “A agressão é um crime tão devastador, com graves consequências para a paz e para o conjunto da comunidade internacional, que parece justificado concluir-se com base no sistema atual do direito internacional criminal pela criminalização das fases iniciais da preparação do crime, quando uma pluralidade de pessoas se reúnem e concordam colocar em prática as medidas necessárias para executar uma guerra de agressão.”, Antonio Cassese e Paola Gaeta, *International Criminal Law*, 3<sup>rd</sup> Ed., OUP, 2013, pág. 145

<sup>55</sup> *RC/Res. 6, Annex II, Introduction, paras. 2 and 4; Elements, paras. 4 and 6*, disponível em [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf); “O quarto e sexto anteprojeto dos Elementos, que devem ser lidos conjuntamente com os Parágrafos introdutórios 2 e 4, fornecem um esclarecimento importante sobre como o Artigo 32(2) do ETPI deve ser aplicado ao crime de agressão. É estipulado que um erro sobre a manifesta ilegalidade do uso da força armada por parte de um Estado não constitui justificação para afastar a responsabilidade criminal. À primeira vista, excluir a possibilidade de confiar num erro de direito pode parecer demasiado rígido. Porém, o requisito objetivo da manifesta ilegalidade já exclui do elemento da conduta estadual qualquer uso de força armada qualificado como uma ‘área cinzenta’ relativa à proibição do uso da força. O requisito objetivo da manifesta ilegalidade vai funcionar assim como o equivalente funcional da defesa de erro de direito em casos que sejam legalmente controversos. Uma defesa adicional de erro de direito não é, portanto, necessária ou desejável.”, Claus Kress e Leonie von Holtzendorff, *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*, JICJ, Vol. 8, 2010, págs. 1200-1201, disponível em <http://jicj.oxfordjournals.org/content/8/5/1179.full.pdf+html>

imposição do artigo 103º, da CNU, e do artigo 5º, nº 2, do ETPI, a descrição da conduta estadual proibida parte da norma que proíbe o uso de força nas relações entre os Estados – artigo 2(4) da CNU.

O artigo 8bis restringe, porém, a proibição do uso de força contemplada naquele artigo com a introdução do vocábulo ‘armada’ após a expressão ‘uso de força’, e a eliminação do vocábulo ‘ameaça’, para dizer que o emprego de violência<sup>56</sup>, por meio de armas<sup>57</sup>, deve materializar-se, não bastando a mera verbalização de um mal, visto o Tribunal tratar-se de uma instância de último recurso, com meios (financeiros, humanos, logísticos) escassos, que obrigam a selecionar os processos pelo critério da gravidade<sup>58</sup>.

A violência armada interestadual (ou não-estadual atribuída a um Estado<sup>59</sup>), carece ser ilegal, como atestado pela expressão ‘inconsistente com a CNU’. Pretendeu-se excluir da jurisdição do Tribunal aqueles casos de uso de força em legítima defesa, ou autorizados pelo CS, porque consistentes, respetivamente, com o artigo 51º, e capítulo VII, da CNU ou, dito doutro modo, não dirigidos contra a soberania<sup>60</sup>,

---

<sup>56</sup> “(...) a palavra ‘força’ no Artigo 2(4) deve significar violência. Não interessam quais os meios específicos – cinéticos ou eletrónicos – utilizados para a realizar, mas o resultado final deve implicar a ocorrência, ou ameaça, de violência. O que significa que pressão psicológica ou económica (na forma de um bloqueio económico) não cabem no âmbito do artigo, exceto quando combinados com o uso ou pelo menos a ameaça do uso da força.” Yoram Dinstein, *supra* nota 52, pág. 88

<sup>57</sup> “Algumas delegações manifestaram preocupação com o facto da redação atual cingir-se ao uso de força armada, com exclusão de medidas militares não-convencionais, como embargos económicos ou ataques cibernéticos.”, *Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression (ICC-ASP/6/20/Add.1/Annex II)*, para. 35, disponível em [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/SWGCA/ICC-ASP-6-20-Add1-AnnexII-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/SWGCA/ICC-ASP-6-20-Add1-AnnexII-ENG.pdf)

<sup>58</sup> Artigo 17º, nº 1, al. d), do ETPI

<sup>59</sup> *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, [2007] ICJ Rep. 43, paras. 397-407, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>; *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Uganda)*, [2005] ICJ Rep. 168, paras. 160-162, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, [1986] ICJ Rep. 14, paras. 109-115, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>; *Prosecutor v. Tadic* (ICTY, Appeals Chamber, 1999), 38 ILM, para. 137, disponível em <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>; Articles 4(2), 5, 8, 9, 11 of the International Law Commission Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, disponível em <http://www.refworld.org/pdfid/3ddb8f804.pdf>

<sup>60</sup> “(...) todo o conjunto de direitos e obrigações que um Estado possui no seu território, com exclusão de todos os outros Estados, e também nas suas relações com outros Estados.”, *Corfu Channel Case (U.K. v. Grécia)* (continuação da notas de rodapé)

integridade territorial (aquisição de território), ou independência política (mudança do regime político, ou interferência na política doméstica ou externa) doutro Estado<sup>61</sup>.

Com a substituição da expressão ‘todos os Membros (das Nações Unidas)’, contida no artigo 2(4) da CNU, pelo vocábulo ‘Estado’ – alargando o leque das entidades vítimas, e agressoras, a não-Membros das Nações Unidas, a Estados em atuação isolada, ou conjunta, e a Estados reconhecidos, ou não, pelos seus pares da comunidade internacional – o legislador aproveitou para recapitular o mandato do TPI: contribuir para acabar com a impunidade em relação aos crimes mais graves que afligem a comunidade internacional no seu todo, concorrendo para a sua prevenção.

Para efeito de exemplificação o legislador procedeu, de seguida, à enumeração de vários atos característicos de uso ilegal de força, ‘de acordo com a Resolução 3314 (XXIX), da AGNU, de 14 de Dezembro de 1974’, para explicar que a lista não opera automaticamente (não basta sua comissão para a qualificação de agressão pois importa, *a pari passu*, verificar, de acordo com o artigo 6º da supradita resolução, se o ato é, ou não, consistente com a CNU), e que outros atos não contemplados poderão qualificar-se desde que respeitado o limiar de agressão<sup>62</sup>.

Quanto à aplicação dos demais artigos da resolução – consequência da remissão *in totum* operada pela segunda parte, do segundo parágrafo, do artigo 8bis – de destacar a

---

Alb.), [1949] ICJ Rep. 4, Individual Opinion by Judge Alvarez, pág. 43 disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1649.pdf>

<sup>61</sup> Jennifer Trahan, *A Meaningful Definition of the Crime of Aggression: A Response to Michael Glennon*, UPJIL, Vol. 33, 2012, págs. 927-929, disponível em <https://www.law.upenn.edu/live/files/973-trahan33upajint119072012pdf>

<sup>62</sup> “Algumas delegações observaram que não era suficientemente claro se a lista era “aberta” ou “fechada”. As delegações que apoiaram a elaboração do parágrafo 2 expressaram o entendimento que a lista de crimes era, até certo ponto, aberta. Outros atos para além daqueles listados podiam ser considerados atos de agressão desde que fossem de natureza e gravidade semelhantes aos listados e satisfizessem os critérios gerais contidos no cabeçalho do parágrafo 2. Neste contexto foi sublinhado que o equilíbrio correto havia sido conseguido na proposta do Presidente através da inclusão de uma definição genérica no cabeçalho do parágrafo 2, juntamente com uma listagem não-exaustiva de atos de agressão. Além disso, o artigo 22, parágrafo 2, do Estatuto teve de ser tomado em consideração na interpretação desta disposição, pois exige que a definição do crime seja interpretada restritivamente.”, *Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression (ICC-ASP/6/20/Add.1/Annex II)*, para. 34, disponível em [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/SWGCA/ICC-ASP-6-20-Add1-AnnexII-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/SWGCA/ICC-ASP-6-20-Add1-AnnexII-ENG.pdf)

não aplicação do artigo 2º, e 4º. O primeiro por fazer presumir a existência de um ato de agressão a partir do exercício de violência armada interestadual temporalmente mais recente, quando decisivo deve ser a sua desconformidade com a CNU; enquanto o segundo por entregar à discricção do CS o apuramento do que é, ou não, ato de agressão, abrindo a possibilidade de condenações retroativas<sup>63</sup>.

Impõe-se, por isso, que a interpretação do artigo seja feita, nesta parte, *cum grano salis*: por atenção ao objetivo penal do TPI, de condenação de condutas individuais que dão azo ao uso da força interestadual em violação manifesta da CNU, obrigando à pronúncia sobre a (i)legalidade da atuação estadual em face da norma que proíbe o uso de força nas relações internacionais; e não ao objetivo político do CS, de reversão de condutas estaduais ao *status quo ante* para o efeito da manutenção da paz e segurança internacionais, obrigando, na maioria dos casos, a uma abstenção do CS quanto à determinação da prática de um ato de agressão<sup>64</sup>.

---

O CRITÉRIO DA GRAVIDADE DA CONDUTA ESTADUAL

---

Nem todo o ato de agressão denotará relevância jurídico-penal, mas somente aquele ‘que, pela sua natureza, gravidade e escala, constituir uma violação manifesta da CNU.’ Ao mesmo tempo que os três requisitos da natureza, gravidade e escala, precisam todos ser suficientemente demonstrados, mercê da conjunção copulativa ‘e’,

---

<sup>63</sup> “Porque o CS é, por outras palavras, possuidor de uma ampla margem de manobra de acordo com a CNU para determinar se um comportamento constitui ato de agressão, a aplicação de uma pena nessas circunstâncias seria inevitavelmente *ex post facto*. Não existem normas específicas que orientem o seu julgamento; se apurar um “ato de agressão” num dado caso dependerá inevitavelmente dos factos e torna-se especulativo. O Conselho tem ampla margem de manobra para proferir decisões fundadas no que em última análise são juízos políticos; (...) Juízos políticos implicam um amplo poder discricionário; ampla discricção impede uma advertência clara e precisa. (...) Ausência de advertência prévia dá azo à possibilidade de uma acusação discriminatória; (...) Contrariamente à própria proibição do ETPI, considerar o CS como pressuposto de uma acusação penal tornaria um indivíduo criminalmente responsável apesar de a conduta em questão não constituir, ao tempo que teve lugar, um crime inserido na jurisdição do Tribunal.” Michael J. Glennon, *The Blank-Prose Crime of Aggression*, YJIL, Vol. 35, 2010, págs. 103-104, disponível em <http://www.yjil.org/docs/pub/35-1-glennon-aggression.pdf>

<sup>64</sup> “(...) a Definição de Agressão, de 1974, da AGNU foi criada como um guia para o CS no exercício das suas funções de acordo com a CNU.” Steven R. Ratner, *Jus ad Bellum and Jus in Bello after September 11*, AJIL, Vol. 96, No. 4, 2002, pág. 907, disponível em <http://users.polisci.wisc.edu/kinsella/ratner.pdf>

para poder falar-se da qualificação da violação como manifesta<sup>65</sup>, é entendimento do legislador que a agressão estadual, pressuposto do crime de agressão, deverá consistir – em homenagem ao princípio da legalidade – na forma mais grave, e perigosa, de uso ilícito da força<sup>66</sup>. Excluindo-se todos aqueles casos de força interestadual que não sejam do ponto de vista objetivo, da grande maioria da comunidade internacional<sup>67</sup>, claramente ilegais<sup>68</sup>.

Não basta uma qualquer medida de violência armada, pois importa que seja significativa nas consequências<sup>69</sup>, e denote uma dimensão espacial, e temporal,

---

<sup>65</sup> “Nenhum componente será significativo o suficiente para satisfazer o critério ‘manifesta’ por si só.”, *RC/Res. 6, Annex III, Understanding No. 7*, disponível em [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf)

<sup>66</sup> “(...) a determinação do cometimento de um ato de agressão requer a consideração de todas as circunstâncias de cada caso particular, incluindo a gravidade dos atos em questão e suas consequências, em conformidade com a CNU.”, *RC/Res. 6, Annex III, Understanding No. 6*, disponível em [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf)

<sup>67</sup> *RC/Res. 6, Annex II, Introduction, para. 3*, disponível em [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf); “De acordo com o Artigo 46(2) da CVDT, uma violação da lei doméstica pode ser invocada como manifesta ‘se for objetivamente evidente para qualquer Estado comportando-se na matéria de acordo com as práticas normais e de boa fé’. Isso corresponde ao significado lexical de ‘manifesto’, nas palavras do Dicionário de Inglês de Oxford, como ‘claramente revelado aos olhos, espírito, ou julgamento; que todos percebem ou compreendem; óbvio’; mas equivale a um critério extremamente restritivo.”, Andreas Paulus, *Second Thoughts on the Crime of Aggression*, *EJIL*, Vol. 20, No. 4, 2010, pág. 1121, disponível em <http://www.ejil.org/pdfs/20/4/1939.pdf>

<sup>68</sup> “A intenção foi provavelmente de excluir áreas cinzentas do direito internacional relativas ao uso da força e aqueles usos controversos da força como a intervenção humanitária, legítima defesa contra grupos terroristas em outros Estados, e legítima defesa preventiva.”, Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2<sup>nd</sup> Ed., CUP, 2010, págs. 326-327; “Caso a definição do crime de agressão fosse baseada unicamente nas exceções da CNU e da Resolução 3314 da AGNU, o TPI poderia iniciar julgamentos sempre que houvesse a demonstração do *actus reus* (neste caso, um ato de agressão), da *mens rea* confirmando a intenção e o conhecimento dos líderes estaduais em perpetrar o *actus reus*, e uma falha por parte do Estado em exercer jurisdição. (...) Contudo, surge um revés quando o CS não atua perante graves violações dos direitos humanos, por impasse político ou por ausência geral de vontade política. Em tal situação, uma intervenção humanitária unilateral pode ser a única opção disponível para deter atrocidades em massa, mesmo que tais intervenções permaneçam ilegais nos termos da CNU e do direito internacional consuetudinário. Dada esta situação, a definição de agressão deve preservar a estabilidade internacional através da manutenção das regras existentes relativas ao uso da força ao mesmo tempo permitindo ter lugar a ocasional intervenção humanitária de boa-fé.”, Elise Leclerc-Gagné e Michael Byers, *A Question of Intent: The Crime of Aggression and Unilateral Humanitarian Intervention*, *CWRJIL*, Vol. 41, 2009, págs. 383-384, disponível em [http://law.case.edu/journals/JIL/Documents/41\\_Gagne\\_Byers.pdf](http://law.case.edu/journals/JIL/Documents/41_Gagne_Byers.pdf)

<sup>69</sup> “Destruição provocada a partir de um ataque nuclear seria suficientemente grave, ao passo que uma incursão transfronteiriça por um pequeno grupo de tropas para capturar um suspeito de crime em fuga sem qualquer outro dano adicional para o Estado onde se atuou não será normalmente de gravidade (continuação da notas de rodapé)

extensiva<sup>70</sup> – na linha do que preceitua o artigo 5º, número 2, da Resolução 3314, de 1974, ao distinguir entre ato, e guerra, de agressão, e estatuir que tão-só o último constitui um crime contra a paz internacional, e dá lugar a responsabilidade individual.

---

## SOBRE A RESPONSABILIDADE ESTADUAL INTERNACIONAL

---

### A INVASÃO DO EMIRADO ISLÂMICO DO AFGANISTÃO *VERSUS* LEGÍTIMA DEFESA

---

---

#### O REQUISITO DO ATAQUE ARMADO

---

Enquanto exceção à regra da proibição de qualquer uso de força armada nas relações entre os Estados o direito de legítima defesa configura a possibilidade de uma situação de emergência em que um Estado é forçado a reagir militarmente para rechaçar um uso injustificado de força que, por atenção à sua escala e efeitos, comporta um grau de violência que nenhum Estado é obrigado a suportar passivamente<sup>71</sup>.

Quer o ataque armado seja executado pelas forças armadas de um ator estadual ou, de modo equiparável, por um ator não-estadual, o importante é a gravidade da força respondida; não a entidade (estadual, ou não-estadual) contra a qual se responde. Em favor do raciocínio encontra-se, desde logo, a letra da lei, que não discrimina contra

---

suficiente.”, Matthew Gillett, *The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court*, ICLR, Vol. 13, 2013, pág. 25, disponível em <http://www.iccnw.org/documents/SSRN-id2209687.pdf>

<sup>70</sup> “O requisito quantitativo poderá englobar o número e tipo de tropas, munições e meios militares usados pelo Estado agressor, o âmbito geográfico da operação, e a sua duração.”, Matthew Gillett, *supra* nota 69, pág. 25

<sup>71</sup> “Que os ataques terroristas de 11 de Setembro podem ser qualificados de ‘ataque armado’ encontra-se implícito na invocação pelas Resoluções 1368 e 1373 do CS da ONU do direito de legítima defesa nos termos do Artigo 51 (...). Com base em informações subsequentes dos EUA, a NATO determinou que os ataques terroristas de 11 de Setembro foram realmente dirigidos a partir do exterior e que o Secretário-Geral da NATO concluiu que o ataque era uma ação abrangida pelo Artigo 5 do Tratado de Washington (...). Os 22 Estados-Partes do Hemisfério Ocidental no TIAR aprovaram por unanimidade uma resolução declarando: ‘Estes ataques terroristas contra os EUA são ataques contra todos os Estados Americanos, e (...) em conformidade com as disposições relevantes [do TIAR] e o princípio da solidariedade continental, todos os Estados-Partes deverão providenciar assistência recíproca efetiva para enfrentar tais ataques e a ameaça de ataques semelhantes. O Artigo 3 do TIAR (...) especificamente refere um ‘ataque armado por qualquer Estado contra um Estado Americano.’ ”, Jack M. Beard, *America’s New War on Terror: The Case for Self-Defense under International Law*, HJLPP, Vol. 25, 2001, págs. 568-569, disponível em <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=lawfacpub>

quem – mas apenas contra o quê – se pode atuar em legítima defesa<sup>72</sup>. Pode contrapor-se que a proibição do artigo 2(4), da CNU aplica-se nas relações entre Estados – tornando suas exceções aplicáveis apenas entre Estados –, mas não é menos verdade que situações existem onde um Estado não empunhou armas direta, ou indiretamente, contra outro Estado e, não obstante, um ataque aconteceu com intensidade análoga, ou superior, à procedente de uma participação estadual<sup>73</sup>. Caso a regra fosse levada até às últimas consequências um Estado somente poderia adotar medidas não-militares, como aquelas do artigo 41º da CNU, desenhadas com o objetivo de coagir entidades estaduais ao respeito pelo cumprimento das suas obrigações internacionais, e que não encontrariam eco no caso de um adversário ideologicamente motivado, que não tem Povo a quem prestar contas, ou um território para governar<sup>74</sup>.

Funcionalmente, a legítima defesa requer, independentemente da natureza da entidade contra a qual se atua, a interceção de uma circunstância de perigo apropriada a periclitarem aqueles que o Estado deve, por imperativo legal, proteger. Existem mesmo

---

<sup>72</sup> “Não existe nada na CNU ou prática estadual que limite a identidade dos agressores contra os quais os Estados poderão atuar - pois atores privados como governos podem ser fontes de conduta agressiva. (...) [E]m circunstâncias normais presume-se que cada soberano territorial exercerá jurisdição sobre condutas criminais no seu próprio território ou águas territoriais, prevenindo o uso incorreto dos seus domínios por atores privados que possam executar ataques armados contra outros Estados. Mas o terrorismo intimida muitas vezes o governo hospedeiro, e existem outros que não têm interesse no seu controlo.”, Ruth Wedgwood, *Responding to Terrorism: The Strikes Against bin Laden*, YJIL, Vol. 24, 1999, pág. 564, disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3277&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3277&context=fss_papers)

<sup>73</sup> “(...) a proibição da força, como há 20 anos atrás, não proíbe o uso da força contra terroristas enquanto tais, mas apenas nas relações internacionais entre Estados. Como tal abrange o uso extraterritorial de força contra terroristas localizados em outro País, mas fá-lo apenas indiretamente.”, Christian J. Tams, *The Use of Force against Terrorists*, EJIL, Vol. 20, No. 2, 2009, pág. 374, disponível em <http://www.ejil.org/pdfs/20/2/1793.pdf>

<sup>74</sup> “(...) o direito de legítima defesa codificado no Artigo 51 decorre de um período diferente. Apenas guerras interestaduais eram contempladas em 1945. Contudo, a interpretação correta do Artigo 51 não foi gravada em pedra mas foi evoluindo ao longo do tempo. No mundo pós-11 de Setembro, existem fortes indícios que o Artigo 51 pode ser alargado para incluir ataques armados por entidades não-estaduais. Além disso, com base no critério Caroline, que remonta ao período de 1837-1841, o direito de legítima defesa também engloba defesa contra ataques iminentes identificáveis. Isto é amplamente reconhecido como refletindo costume internacional. O uso das palavras ‘direito inerente’ no Artigo 51 (no texto francês da CNU, ‘droit naturel’) pode muito bem significar a incorporação destes critérios, subordinados claro aos requisitos do Artigo 51 como o da notificação imediata ao CS e a suspensão do direito de legítima defesa assim que o CS tomar medidas coletivas. Isto levou o Painel Superior e o Secretário-Geral a concluir que não existe necessidade de alterar ou reescrever o Artigo 51 pelo menos da perspetiva da ação preventiva.”, Nico J. Schrijver, *The Future of the Charter of the United Nations*, MPYUNL, Vol. 10, 2006, págs. 21-22, disponível em [http://www.mpi.de/files/pdf1/mpunyb\\_01\\_schrijver\\_10.pdf](http://www.mpi.de/files/pdf1/mpunyb_01_schrijver_10.pdf)

exemplos de recurso à força armada por Estados, para pôr termo a ataques cometidos por atores não-estaduais, independentemente de conexão com outro Estado, e que encontraram pouca – ou nenhuma – oposição por parte da comunidade internacional<sup>75</sup>. Não basta, porém, afirmar a existência de um direito de legítima defesa contra terroristas; tão ou mais importante é perceber de que modo poderia ser efetivado para a hipótese da operação de um grupo a partir do território de outro Estado, sem o seu beneplácito, em nome do equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo: o do Estado-vítima em proteger-se de novos ataques, e o do Estado territorial em não ver contestado o poder exclusivo sobre seu território por uma intervenção militar estrangeira.

---

#### O REQUISITO DA NECESSIDADE

---

Concedendo ser expectável, a 12 de Setembro de 2001, a repetição de ataques terroristas por parte da al-Qaeda (não segundo o critério de iminência aplicável na legítima defesa interestadual, devido à natureza furtiva do terrorismo, mas tendo em conta a possibilidade razoável de um novo ataque devido, p. ex., a declarações ventiladas pelo grupo terrorista nesse sentido), exigia-se dos EUA que, em nome do respeito pela soberania territorial do Estado da localização do grupo terrorista, procurasse averiguar da sua disponibilidade para frustrar a continuação das operações a

---

<sup>75</sup> “No Verão de 2006, em seguida aos ataques de morteiros por parte do grupo Hezbollah sediado no Líbano, Israel respondeu primeiro com bombardeamentos e depois com uma invasão do Líbano. (...) Um número considerável de Estados (...) aceitaram o direito de Israel de uso da força contra organizações terroristas como o (...) Hezbollah. (...) Além disso, desde os anos 1990, a Turquia invocou várias vezes um direito de usar a força contra as bases do PKK curdo no norte do Iraque. (...) Uma década mais tarde, em Outubro de 2007, ataques transfronteiriços levaram a uma escalada sem precedentes, que culminou na ‘Operação Sol’, uma ofensiva terrestre durante a qual vários milhares de tropas turcas invadiram o Norte do Iraque no final de Fevereiro de 2008. (...) A maioria das reações porém ‘cuidadosamente abstiveram-se de condenar formalmente o comportamento turco’. (...) O Irão em várias ocasiões invocou o Artigo 51 da CNU para justificar o uso de força contra as bases da OMPI em território iraquiano. Enquanto o Iraque denunciou o uso da força como um ato de agressão, a comunidade internacional não a condenou. Igualmente ‘não criticadas’ permaneceram as incursões do Irão em território iraquiano em perseguição de bandos armados curdos (rotulados ‘mercenários terroristas organizados’). (...) Em 2007, imediatamente aos ataques de rebeldes chechenos, a Rússia realizou ataques aéreos contra bases chechenas no desfiladeiro de Pankisi, alegando que a Geórgia ‘tinha sido incapaz de estabelecer uma zona de segurança na zona fronteiriça, continua a ignorar a Resolução 1373 do CS e não coloca um fim às incursões de bandidos e ataques em áreas adjacentes à Rússia’. (...) [M]ais uma vez não houve condenação que negasse à Rússia o direito de usar a força extraterritorialmente.”, Christian J. Tams, *supra* nota 73, págs. 379-380

partir do seu território<sup>76</sup>. Se outra razão não houvesse para recordar ao EIA das suas obrigações legais internacionais de não permitir, voluntariamente, a utilização do seu território como plataforma de lançamento de ataques terroristas contra outros Estados<sup>77</sup>. Contudo, na eventualidade do EIA não poder, ou não querer, resolver a violação legal, não só devia ser permitido aos EUA atuar em proteção da sua segurança, e sobrevivência, por vez do Emirado, como independentemente do seu consentimento<sup>78</sup>.

Que o EIA não se mostrava disposto a cooperar na resolução pacífica do problema é demonstrado pelo facto de, desde 1998, no seguimento dos atentados contra as embaixadas dos EUA no Quénia, e na Tanzânia, o governo norte-americano haver tentado – sempre sem sucesso – obter a extradição de Osama bin Laden, através do CS.

---

<sup>76</sup> “(...) a maneira mas óbvia de determinar se o Estado territorial encontra-se disposto ou capaz de resolver a ameaça é a do Estado-vítima pedir que o faça e avaliar a sua resposta. Praticamente todos os Estados que defenderam publicamente o uso de força no território de outro Estado neste contexto indicaram que primeiro solicitaram ao Estado territorial que tomasse as medidas necessárias para suprimir as ações do ator não-estadual, seja através da sua prisão, expulsão, extradição para o Estado-vítima, ou utilização de força militar. (...) Este requisito procedimental garante que o Estado territorial tem conhecimento do problema, afastando a possibilidade da sua inação dever-se à ignorância da situação. Também dá uma oportunidade ao Estado-vítima de partilhar informação pertinente com o Estado territorial sobre a natureza e a localização da ameaça. (...) Finalmente, este elemento permite a cada Estado começar a calcular os custos que incorrerá para a supressão da ameaça por parte do ator não-estadual. Se o Estado territorial mostrar-se disposto e capaz para tomar uma ação efetiva, isso poupará o Estado territorial de uma violação da sua soberania enquanto preserva o Estado-vítima de despender recursos militares e a reputação na sua defesa.”, Ashley S. Deeks, “*Unwilling or Unable*”: *Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense*, VJIL, Vol. 52, No. 3, 2012, págs. 521-523, disponível em [http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol52/issue3/Deeks\\_Post\\_Production.pdf](http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol52/issue3/Deeks_Post_Production.pdf)

<sup>77</sup> “(...) a responsabilidade surge quando um Estado tolera o uso do seu território por terroristas, mesmo que de outra forma revele oposição ou indiferença para com a sua causa (Res. 49/60, da AGNU, de 9 de Dezembro de 1994).”, Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, 4<sup>th</sup> Ed., Hart Publishing, 2010, pág. 279; “Ao permitirem que a Al-Qaeda operasse a partir do território que controlavam, os Talibãs – e portanto o Afeganistão – violaram um dever geral internacional de não permitir que o seu território fosse utilizado como base para ataques contra outros Estados. Como violaram obrigações específicas impostas pelo Conselho de Segurança depois dos ataques contra as embaixadas em 1998 [em particular, Res. 1267 (1999) e 1333 (2000) do CS].”, Christopher Greenwood, *International Law and the ‘War against Terrorism’*, IA, Vol. 78, No. 2, 2002, pág. 313, disponível em <http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/International%20Affairs/Blanket%20File%20Imp%20ort/inta252.pdf>

<sup>78</sup> “De um ponto de vista doutrinal, uma tal abordagem pode ser baseada em dois pilares: uma conceção de soberania enquanto responsabilidade, implicando deveres de proteção vis-à-vis terceiros Estados; e o carácter relativo da integridade territorial, colocando os Estados sob a obrigação de consentir em ações defensivas por outros Estados, se nenhuma outra opção estiver disponível para pôr fim a um perigo iminente.”, Carsten Stahn, *Terrorist Acts as ‘Armed Attack’: The Right to Self-Defense, Article 51 (1/2) of the UN Charter, and International Terrorism*, FFWA, Vol. 27, No. 2, Summer/Fall 2003, pág. 47, disponível em [http://dl.tufts.edu/file\\_assets/tufts:UP149.001.00054.00005](http://dl.tufts.edu/file_assets/tufts:UP149.001.00054.00005)

Falta de cooperação talibã que aquele órgão decidiu constituir uma ameaça à paz, e segurança, internacional, abrindo caminho à aplicação de medidas não-militares, nos termos do capítulo VII da CNU, e que não lograram infletir a posição do regime<sup>79</sup>. Posteriormente aos atentados de 2001, e quando já não havia alternativa entre o direito de julgar, ou extraditar, os suspeitos<sup>80</sup>, os Talibã, com sua recusa em entregar os indivíduos à Justiça reduziram, ao uso de força armada, o leque de alternativas disponíveis para prevenir novo ataque terrorista.

---

#### O REQUISITO DA PROPORCIONALIDADE

---

O uso da força teria, depois, de mostrar-se proporcional à consecução do objetivo proposto, mediante destrição entre a fonte imediata de perigo – os agentes terroristas, sua infraestrutura, e parcela de território por eles ocupada<sup>81</sup> – *vis-à-vis* à fonte mediata

---

<sup>79</sup> “Como outra forma de avaliar a vontade e capacidade do Estado territorial para responder à ameaça, o Estado-vítima deve estudar o histórico das relações anteriores com o Estado territorial sobre questões relacionadas com o ator não-estadual agressor. Por exemplo, deve avaliar aquilo que o Estado territorial fez em resposta a quaisquer solicitações anteriores para tomar medidas contra os atores não-estaduais ou outros grupos conduzindo ataques armados contra o Estado-vítima. Geralmente será legítimo a um Estado-vítima fazer previsões do comportamento futuro e provável do Estado territorial a partir das suas ações passadas em circunstâncias semelhantes, sobretudo quando os pedidos anteriores encontravam-se relacionados com o mesmo ator não-estadual. (...) Mesmo instâncias realizadas muito antes do incidente atual fornecem indicadores relevantes para o Estado-vítima. O Presidente Clinton, ao defender o ataque norte-americano com mísseis contra alvos suspeitos de pertencer à al-Qaeda no Sudão e no Afeganistão, observou que ‘o Afeganistão e o Sudão foram avisados durante anos para parar de abrigar e apoiar esses grupos terroristas.’ Ainda que um Estado territorial não haja respondido favoravelmente em relação a pedidos anteriores, o Estado-vítima deve no entanto fazer um novo pedido. Em caso do Estado territorial recusar-se a atuar ou não responder, tal fornece prova adicional da falta de vontade do Estado territorial e aumenta a legitimidade da decisão do Estado-vítima. Como questão conexa, é justificado ao Estado-vítima interpretar ataques sofridos anteriormente por parte de atores não-estaduais a partir do Estado territorial como indicação palpável da incapacidade ou falta de vontade do Estado territorial para agir.”, Ashley S. Deeks, *supra* nota 76, págs. 531-532

<sup>80</sup> “Até que ponto pode o direito de um Estado julgar ou extraditar um acusado de terrorismo ser revogado pelo direito de outro Estado usar a força em legítima defesa? Deve o segundo Estado ser obrigado a apresentar provas de culpabilidade ao primeiro antes duma ação em legítima defesa? Ou deve o requisito do Artigo 51 ser reinterpretado de modo que um Estado que deseje atuar em legítima defesa contra outro que abriga o terrorista deve primeiro apresentar provas ao CS e receber sua autorização? Isto, note-se, foi basicamente o que aconteceu com a Res. 1373.”, Michael Byers, *Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September*, ICLQ, Vol. 51, 2002, pág. 413, disponível em [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5575&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5575&context=faculty_scholarship)

<sup>81</sup> “Força não pode ser utilizada para decapitar a liderança afegã ou destruir instalações militares afegãs e outros objetivos militares que nada têm que ver com as organizações terroristas, a menos que as autoridades centrais afegãs mostrem por palavras ou ações que aprovam e sancionam a ação das organizações terroristas.”, Antonio Cassese, *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories (continuação da notas de rodapé)*

de perigo, personificada nos Talibã, e sua transigência para com os primeiros. Na falta de demonstração, por parte do governo norte-americano, do envolvimento do regime afegão nos ataques de 11 de Setembro segundo critérios de controlo geral, ou efetivo<sup>82</sup>, a ação em legítima defesa contra os Talibã devia reputar-se como excessiva<sup>83</sup>. Fazer corresponder não-extradicação dos membros do grupo terrorista com aprovação, pelo EIA, dos atos por eles praticados esquece, p. ex., os direitos inderrogáveis de qualquer indivíduo de não privação arbitrária do direito à vida – art. 6º, nº 1, *in fine*, e nº 2, *in fine*, do PIDCP<sup>84</sup>; e de não sujeição a qualquer forma de tortura – art. 7º, do PIDCP<sup>85</sup>.

---

*of International Law*, EJIL, Vol. 12, No. 5, 2001, pág. 999, disponível em <http://ejil.oxfordjournals.org/content/12/5/993.full.pdf+html>

<sup>82</sup> “A lógica por trás dos dois testes é bastante clara. Quando um indivíduo ou grupo de indivíduos, nacionais de determinado Estado, que não são assalariados do Estado nem atuam sistematicamente a seu pedido, realizam um ato que é incompatível com o direito internacional e que causa prejuízo a outro Estado, seria fácil para tais indivíduos deslocar a responsabilidade para o Estado da nacionalidade, ao afirmar que de facto agiram em nome dele, e por conseguinte seria o Estado que incorreria em responsabilidade pela violação do direito internacional. Para evitar tais abusos, o direito internacional requer um teste rigoroso para concluir que o Estado tem realmente responsabilidade pelas ações desses indivíduos: é necessário provar que o Estado emitiu instruções ou diretivas ou ordens aos indivíduos no que diz respeito à específica ação ilegal. As coisas são diferentes quando um Estado lida com um grupo hierarquicamente organizado, em especial uma unidade militar ou paramilitar. Se um Estado apoiar tal grupo financeira, logística, ou organizacionalmente e, para além disso, coordenar as suas ações militares ou participar em tal coordenação ou planeamento, isso significa que existe uma ligação forte entre o Estado e o grupo organizado. O apoio sistemático e amplo do grupo por parte do Estado, por um lado, e a estrutura hierarquicamente organizada do grupo, por outro, não podem deixar de significar que o Estado normalmente tem uma palavra no, bem como um impacto sobre, o planeamento ou organização das atividades do grupo. Se portanto o grupo ou alguns dos seus membros se envolverem em atos proibidos, o Estado deve arcar com a responsabilidade, mesmo que não tenha especificamente ordenado, organizado ou instruído a comissão dos atos específicos (...).”, Antonio Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, EJIL, Vol. 18, No. 4, 2007, págs. 659-661, disponível em <http://www.ejil.org/pdfs/18/4/233.pdf>

<sup>83</sup> “No caso dos ataques de 11 de Setembro, o apoio dos Talibã em relação à al-Qaeda não atingia nem o patamar de *Nicaragua*, nem o patamar de *Tadic*. Apesar de ser verdade que os Talibã toleravam a presença da al-Qaeda, e indiscutivelmente davam abrigo, não exerciam nenhum controlo significativo sobre a organização. Nem qualquer prova foi produzida que os Talibã foram cúmplices nos ataques de 11 de Setembro. Na verdade, nem sequer providenciavam financiamento, treino, ou equipamento à al-Qaeda, critérios que foram rejeitados quer pelo TIJ como pelo TPIJ como satisfazendo o requisito de ataque armado. Muito pelo contrário, os Talibã encontravam-se numa relação de relativa dependência, pois a al-Qaeda apoiava-os na sua luta contra a Aliança do Norte, tanto em termos de financiamento como através da utilização da Brigada 055.”, Michael N. Schmitt, *Responding to Transnational Terrorism under the Jus Ad Bellum: A Normative Framework*, NLR, Vol. 56, No. 1, 2008, págs. 31-32, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1610011>

<sup>84</sup> “Na sua decisão histórica em *Hamdan v. Rumsfeld*, o Supremo Tribunal dos EUA determinou que (...) o Artigo 3º Comum às Convenções de Genebra ‘é aplicável ao caso, e requer que [um detido] seja julgado por um tribunal regularmente constituído proporcionando todas as garantias judiciais’ reconhecidas pelo (continuação da notas de rodapé)

Mas o CS não foi da mesma opinião<sup>86</sup>. Ao admitir a atuação em legítima defesa contra o EIA por haver permitido os atentados de 11 de Setembro por intermédio do abrigo facultado aos seus perpetradores, o CS atribuiu o ataque ao regime Talibã tornando-o, no processo, objeto válido da legítima defesa norte-americana. Com o limite da ação defensiva dever perdurar até à destruição da capacidade de operação terrorista a partir de território afegão e, por implicação, da política de abrigo que a permitia<sup>87</sup>.

---

direito internacional consuetudinário (...). A opinião maioritária do Juiz Stevens afirmou que tribunais 'regularmente constituídos' incluem 'tribunais militares comuns' e 'definitivamente excluem todos os tribunais especiais', e que regularmente constituído significa 'estabelecido e organizado de acordo com as leis e procedimentos já em vigor.' O Juiz Kennedy concordou que o Artigo 3º Comum aplica-se enquanto 'lei obrigatória', que um tribunal 'regularmente constituído' 'baseia-se em normas deliberadas e escolhidas com antecedência', e que a violação do Artigo 3º Comum é um crime de guerra. O Juiz Kennedy foi específico ao afirmar que 'os tribunais militares comuns no nosso sistema são os tribunais marciais' que 'fornecem o padrão pertinente.'", Jordan J. Paust, *Still Unlawful: The Obama Military Commissions, Supreme Court Holdings, and Deviant Dicta in the D.C. Circuit*, CILJ, Vol. 45, No. 2, 2012, págs. 368-370, disponível em <http://www.lawschool.cornell.edu/research/ILJ/upload/Paust-final.pdf>

<sup>85</sup> "Quanto ao CUJM, o Tribunal [em *Hamdan v. Rumsfeld*] observou no mínimo três "características distintivas" sobre as regras das comissões militares. Primeiro, permitem que o 'acusado e seu defensor possam ser excluídos de, e impedidos de conhecer as provas produzidas em, qualquer parte do julgamento que o oficial presidente considere 'secreta'. Segundo, as regras 'permitem a admissão de *qualquer prova* que, na opinião do oficial presidente 'apresente valor probatório para uma pessoa razoável'. Logo, rumores e testemunhos obtidos através de coação seriam 'plenamente admissíveis' e 'nem os testemunhos presenciais ou depoimentos de testemunhas teriam de ser ajuramentados'. Terceiro, 'o acusado e seu defensor podem ver negado o acesso a provas sob a forma de 'informação protegida' desde que o 'oficial presidente conclua pelo seu 'valor probatório' e que a "sua admissão sem o conhecimento do acusado não resultaria na negação de um julgamento completo e justo.'", Jennifer Trahan, *Military Commission Trials at Guantanamo Bay, Cuba: Do They Satisfy International and Constitutional Law?*, FILJ, Vol. 30, 2006, pág. 803, disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2057&context=ilj>

<sup>86</sup> "(...) o CS entendeu que os atos terroristas constituíam uma ameaça à paz e segurança internacionais e, no dispositivo (parágrafo 1, da resolução 1368), declarou, especificamente, que os ataques 'do 11 de Setembro' representavam uma ameaça à paz e segurança internacionais. Desta forma, o CS colocou-se, automaticamente, na esfera do Cap. VII da CNU e, em particular, do artigo 39º, antecâmara para as ações – incluindo as de cariz militar – previstas nos artigos 41º e seguintes, e para o direito de legítima defesa. Importante, nesta medida, é o considerando 3 da resolução: o CS reconheceu o 'direito de legítima defesa individual ou coletiva de acordo com a CNU'. Assumia-se, portanto, que os ataques do '11 de Setembro' podiam, mesmo que por efeito indireto, revelar um ataque armado dirigido contra um Estado-Membro, mais insistindo, a seguir (para. 3), na responsabilidade do ou dos Estados que tivessem prestado auxílio, apoiado, ou dado abrigo aos executantes, organizadores e apoiantes do ataque terrorista em questão.", J. A. Azeredo Lopes, *Entre Solidão e Intervencionismo. Direito de Autodeterminação dos Povos e Reações de Estados Terceiros*, Publicações UCP, 2003, págs. 1040-1041

<sup>87</sup> "Resolução 1368 torna ainda mais claro, no contexto da condenação do ataque de 11 de Setembro aos EUA, a responsabilidade por terrorismo dos 'patrocinadores destes ataques terroristas' incluindo aqueles 'que apoiaram ou abrigaram os perpetradores.' (parágrafo 3). Os Talibã cabem claramente nessa designação. Franck escreveu isto em 2001, quando indiscutivelmente os responsáveis por "apoiar ou abrigar os perpetradores", da al-Qaeda, ainda estavam no Afeganistão. Mas isso foi há mais de uma década, e a al-Qaeda deixou em grande parte a região. (...) É altamente duvidoso que os responsáveis (continuação da notas de rodapé)

Remover um governo para impedir sua reincidência presuntiva no incumprimento da proibição legal de abrigar o terrorismo internacional não pode encontrar espaço no conceito de legítima defesa, de resposta a um perigo objetivamente atual, ou iminente, por oposição à competência de prevenir um perigo subjetivamente crível, mas objetivamente dúbio, a cargo do CS por delegação dos Estados que assinaram a CNU (*inclusive*, os EUA)<sup>88</sup>. Por verificar-se um excesso de legítima defesa que só podia ser autorizado previamente – e não foi – pelo CS, atento o princípio da não interferência nos assuntos internos dos Estados plasmado no artigo 2(7) da CNU, e dando de barato a verificação dos demais requisitos da gravidade e da escala, característicos de qualquer campanha de bombardeamento, seguida de invasão terrestre por um grande número de tropas, durante um longo período de tempo, sou da opinião que houve um ato de agressão contra o EIA.

## CONCLUSÃO

---

Winston Churchill qualificou a 2ª Guerra Mundial de desnecessária pois, de acordo com a sua leitura da História, teria sido relativamente fácil pôr cobro aos desígnios das Potências do Eixo, mais cedo do que tarde, e que as democracias

---

pelos ataques de 11 de Setembro, e em particular, os membros específicos dos Talibã que os abrigavam, ainda se encontrem no Afeganistão. É ainda mais duvidoso que o CS, ao aprovar a Resolução 1368, tenha dado aos EUA uma autorização para lutar contra os Talibã até 2025. Assim, embora Franck possa estar certo que, a partir de 2001, a Resolução 1368 indiscutivelmente autorizou o uso da força dos EUA contra os Talibã no Afeganistão porque em 2001 abrigavam os perpetradores do 11 de Setembro, a mesma resolução já não pode ser invocada em 2011 para a continuação da guerra dos EUA contra os restantes membros dos Talibã, na medida em que os perpetradores do 11 de Setembro, provavelmente, já vão longe. Em resumo, os Talibã já não têm mais ninguém para abrigar.”, Ryan T. Williams, *Dangerous Precedent: America’s Illegal War in Afghanistan*, UPJIL, Vol. 33, No. 2, 2012, págs. 27-28, disponível em [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=ryan\\_williams](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=ryan_williams)

<sup>88</sup> “(...) medidas com efeitos substanciais e duradouros na paz internacional e segurança, como a remoção de um regime, não cabem no âmbito da legítima defesa, mas cabem principalmente na responsabilidade do CS. (...) Nos termos da CNU, o CS tem a responsabilidade primária pela manutenção da paz internacional e da segurança. A autoridade geral do CS inclui, em particular, o direito de tomar ações preventivas ao passo que o direito dos Estados de usar força em legítima defesa é geralmente limitado a medidas de resposta ou retaliatórias. Esta distinção geral resulta do Artigo 39 da CNU, que atribui explicitamente ao CS com o poder de contrariar ‘ameaças’ à paz internacional e segurança, enquanto o Artigo 51 pressupõe a existência de um ‘ataque armado’. O exercício da legítima defesa preemptiva conflitua portanto com a responsabilidade do CS. É bastante revelador que a presença militar internacional no Afeganistão foi baseada num mandato separado do CS com base no Capítulo VII.”, Carsten Stahn, *International Law at a Crossroads? The Impact of September 11*, HJIL, Vol. 62, No. 1-2, 2002, págs. 231-232, disponível em [http://www.zaoerv.de/62\\_2002/62\\_2002\\_1\\_a\\_183\\_256.pdf](http://www.zaoerv.de/62_2002/62_2002_1_a_183_256.pdf)

ocidentais ao fugirem às responsabilidades de impedir o surgimento de um problema futuro, permitiram que aqueles regimes fossem ganhando guerras, e arrojado, até ao momento em que não tiveram outra alternativa senão pegar em armas para defender o próprio território. Daqui resulta a premissa neoconservadora que a preempção é o melhor remédio.

Depois de duas Grandes Guerras a comunidade internacional aceitou como razoável – em ordem a evitar as consequências empíricas associadas com cenários análogos – acarinhando a adoção, pelos Estados, daqueles fatores universais associados ao respeito pela condição humana para a condução das relações interestaduais pautar-se pelo mesmo diapasão<sup>89</sup>. Tanto mais que, a partir do lançamento da bomba nuclear sobre as cidades de Nagasaki, e Hiroshima, testemunhou-se a entrada numa era de habilitação dos atores estaduais (e não-estaduais) com novas formas de cometimento de atrocidades – mais acessíveis, rápidas, e menos onerosas. Contrariamente à intenção dos fundadores da ONU de criar um ambiente internacional livre de conflitos parecia assistir-se ao aperfeiçoamento do método de realização da violência interestadual, perspetivando-se guerras de destruição massiva. Cientes do Mundo em que viviam, e dos riscos que corriam, os EUA, confrontados com a escala dos atentados de 11 de Setembro, e acostumados – como o Ocidente em geral – a testemunhar aquele tipo de eventos em paragens mais arredadas das suas, decidiram atuar “cortando o mal pela raiz”.

Contudo, e apesar de ilegal, a intervenção militar não foi de natureza reprovável<sup>90</sup>. Efetivamente existia, à data da intervenção, uma sobreposição entre o interesse de segurança nacional, e o interesse energético nacional, dos EUA, mas foi impossível

---

<sup>89</sup> “(...) a noção de Paz na CNU não é apenas restringida à ausência de conflito militar interestadual, mas é positivamente definida como um processo de crescente justiça, democratização, e respeito pelos direitos humanos.”, Karsten Nowrot, Emily Schbacker, *The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone*, AUILR, Vol. 14, No. 2, 1998, pág. 356, disponível em <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1316&context=auilr>

<sup>90</sup> “Aceita-se, no entanto, que a posição dos EUA, do CS e da NATO representou uma modificação legítima do direito em vigor, devido à natureza excepcionalmente grave e ameaçadora para a paz e segurança internacionais dos atentados do ‘11 de Setembro’. A construção será porventura sufragável, enquadrada na percepção da grandeza insuspeitada desta ameaça ‘nova’ para os Estados e respetivas populações, traduzida numa particular vulnerabilidade e risco.”, J. A. Azeredo Lopes, *supra* nota 86, pág. 1043

recolher qualquer prova concludente (testemunhal, documental, ou outra) que pudesse estabelecer, para lá de qualquer dúvida razoável, que a intervenção militar no EIA foi determinada, primordialmente, por critérios puramente económico-financeiros, por oposição a um critério de pacificação, e segurança, no interesse dos EUA, em particular, e da comunidade internacional, no geral. A remoção de um governo alinhado com o grupo terrorista al-Qaeda – para efeitos domésticos, contrapor-se-á, mas sem que os Talibã pudessem ignorar a vocação internacional do grupo, e a eventualidade da realização de ações terroristas no estrangeiro – elimina as condições que o grupo vinha gozando no desenvolvimento das suas operações, e conduz à prevenção ativa da ocorrência de novos ataques terroristas – pelo menos a partir de território afegão – através da cooperação entre dois governos que passaram a comungar das mesmas preocupações em matéria de terrorismo, e estão dispostos a trabalhar em conjunto no sentido da sua erradicação, nos termos do Capítulo VI da CNU<sup>91</sup>.

Na dúvida quanto à prova de um objetivo militar reprovável, deve presumir-se um objetivo militar atendível – *in casu*, a luta global contra o terrorismo – devendo o Presidente Bush ser ilibado da comissão do crime de agressão.

---

<sup>91</sup> “(...) estratégias de cooperação (...) devem (...) almejar (...) a prevenção do surgimento dos conflitos, ou pelo menos prevenir que crises políticas se tornem conflitos armados (...) através da negociação e de consultas. (...) Porém, o conceito pressupõe implicitamente (...) que todas as partes estejam interessadas em manter a segurança de todos (...) Se um ator por qualquer razão não estiver disposto em cooperar, a política de segurança cooperativa tem poucas hipóteses.”, Heinz Vetschera, *Cooperative Security – the Concept and its Application in South Eastern Europe*, BMLV, 2007, págs. 39-40, disponível em [http://www.bmlv.gv.at/pdf\\_pool/publikationen/10\\_wg13\\_aacs\\_40.pdf](http://www.bmlv.gv.at/pdf_pool/publikationen/10_wg13_aacs_40.pdf)

## BIBLIOGRAFIA

---

### LIVROS, MANUAIS, EDIÇÕES DE INSTITUIÇÕES

---

- Antonio Cassese, Paola Gaeta, *International Criminal Law*, 3<sup>rd</sup> Edition, Oxford University Press, 2013
- Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford University Press, 1963
- Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, 4<sup>th</sup> Edition, Hart Publishing, 2010
- José Alberto de Azeredo Lopes, *Entre Solidão e Intervencionismo. Direito de Autodeterminação dos Povos e Reações de Estados Terceiros*, Gabinete de Estudos Internacionais, Publicações Universidade Católica Portuguesa, 2003
- Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2<sup>nd</sup> Edition, Cambridge University Press, 2010
- Stefan Barriga, Claus Kress, *The travaux préparatoires of the crime of aggression*, 1<sup>st</sup> Edition, Cambridge University Press, 2012
- Tracy Isaacs, Richard Vernon, *Accountability for Collective Wrongdoing*, 1<sup>st</sup> Edition, Cambridge University Press, 2011
- Yoram Dinstein, *War, aggression, and self-defense*, Cambridge University Press, 5<sup>th</sup> Edition, 2012

### ARTIGOS DE PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS

---

- Andreas Paulus, *Second Thoughts on the Crime of Aggression*, The European Journal of International Law, Vol. 20, No. 4, 2010
- Antonio Cassese, *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, The European Journal of International Law, Vol. 12, No. 5, 2001
- Antonio Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, The European Journal of International Law, Vol. 18, No. 4, 2007
- Ashley S. Deeks, *“Unwilling or Unable”: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense*, Virginia Journal of International Law, Vol. 52, No. 3, 2012
- Carsten Stahn, *International Law at a Crossroads? The Impact of September 11*, Heidelberg Journal of International Law, Vol. 62, No. 1-2, 2002
- Carsten Stahn, *Terrorist Acts as “Armed Attack”: The Right to Self-Defense, Article 51 (1/2) of the UN Charter, and International Terrorism*, Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 27, No. 2, 2003
- Christian J. Tams, *The Use of Force against Terrorists*, The European Journal of International Law, Vol. 20, No. 2, 2009
- Christian Tomuschat, *The Legacy of Nuremberg*, Journal of International Criminal Justice, Vol. 4, 2006
- Christopher Greenwood, *International Law and the ‘War against Terrorism’*, International Affairs, Vol. 78, No. 2, 2002

- Claus Kress, Leonie von Holtzendorff, *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010
- Elise Leclerc-Gagné, Michael Byers, *A Question of Intent: The Crime of Aggression and Unilateral Humanitarian Intervention*, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 41, 2009
- George A. Finch, *The Nuremberg Trial and International Law*, *The American Journal of International Law*, Vol. 41, N° 1, 1947
- Heinz Vetschera, *Cooperative Security – the Concept and its Application in South Eastern Europe*, Bundesministerium für Landesverteidigung, 2007
- Henry T. King Jr., *Robert Jackson’s Place in History: Nuremberg Revisited*, Chautauqua Institution, New York, 2003
- Henry T. King, Jr., *Without Nuremberg – What?*, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 6, 2007
- Jack M. Beard, *America’s New War on Terror: The Case for Self-Defense under International Law*, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 25, 2001
- Jennifer Trahan, *A Meaningful Definition of the Crime of Aggression: A Response to Michael Glennon*, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 33, 2012
- Jennifer Trahan, *Military Commission Trials at Guantanamo Bay, Cuba: Do They Satisfy International and Constitutional Law?*, *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, 2006

- Jordan J. Paust, *Still Unlawful: The Obama Military Commissions, Supreme Court Holdings, and Deviant Dicta in the D.C. Circuit*, Cornell International Law Journal, Vol. 45, No. 2, 2012
- Kai Ambos, *The Crime of Aggression after Kampala*, German Yearbook of International Law, Vol. 53, 2010
- Karsten Nowrot, Emily Schbacker, *The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone*, American University International Law Review, Vol. 14, No. 2, 1998
- Kevin Jon Heller, *Retreat from Nuremberg: The leadership requirement in the crime of aggression*, European Journal of International Law, Vol. 18, 2007
- Matthew Gillett, *The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court*, International Criminal Law Review, Vol. 13, 2013
- Michael Byers, *Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 51, 2002
- Michael J. Glennon, *The Blank-Page Crime of Aggression*, The Yale Journal of International Law, Vol. 35, 2010
- Michael N. Schmitt, *Responding to Transnational Terrorism under the Jus Ad Bellum: A Normative Framework*, Naval Law Review, Vol. 56, No. 1, 2008
- Michael P. Scharf, *Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression*, Harvard International Law Journal, Vol. 53, N° 2, 2012
- Nico J. Schrijver, *The Future of the Charter of the United Nations*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 10, 2006

- Philippe Kirsch, *Applying the Principles of Nuremberg in the International Criminal Court*, Washington University Global Studies Law Review, Vol. 6 2007
- Ruth Wedgwood, *Responding to Terrorism: The Strikes Against bin Laden*, The Yale Journal of International Law, Vol. 24, 1999
- Ryan T. Williams, *Dangerous Precedent: America's Illegal War in Afghanistan*, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 33, No. 2, 2012
- Steven R. Ratner, *Jus ad Bellum and Jus in Bello after September 11*, The American Journal of International Law, Vol. 96, No. 4, 2002
- Thomas Weigend, 'In General a Principle of Justice' – The Debate on the 'Crime against Peace' in the Wake of the Nuremberg Judgment, Journal of International Criminal Justice, Vol. 10, 2012

---

#### JURISPRUDÊNCIA

---

- *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, [2007] ICJ Rep. 43
- *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Uganda)*, [2005] ICJ Rep. 168
- *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, [1986] ICJ Rep. 14

- *Corfu Channel Case (U.K. v. Albania)*, [1949] ICJ Rep. 4
- *France et al. v. Goering et al.*, International Military Tribunal, 1946
- *Hamdan v. Rumsfeld*, Supreme Court of the United States, 126 S. Ct. 2749 (2006)
- *Prosecutor v. Tadic* (ICTY, Appeals Chamber, 1999), 38 ILM
- *United Kingdom House of Lords: R. v. Jones et al.* (Conjoined Appeals), March 2006