



*Universidade Católica Portuguesa
Instituto de Estudos Políticos*

Tese de Doutoramento

Professora orientadora:

Professora Doutora Paula V.C. Escameia

Tema Geral:

Ciência Política e Direito Internacional Público

Título:

*Responsabilidade penal dos chefes militares:
uma segunda oportunidade.*

(Military commanders' criminal liability: a second chance)

O candidato:

Francisco José Leandro

Fevereiro de 2010



- “A resposta é não!”
- “Agora, por favor, diga qual é a pergunta?”

*A*o longo dos mais de 5 anos de preparação deste estudo, tivemos que responder a esta pergunta vezes sem conta. O nosso profundo e inquantificável reconhecimento vai para aquele pequeno grupo de pessoas que respondeu afirmativamente, antes que lhe formulássemos os desafios.

- À minha extraordinária mulher, Carla Flores¹, não só pela demonstração permanente de amor, perseverança e profundo carinho, que se traduziu no apoio essencial nos inúmeros momentos de adversidade, apoio esse que se revelou decisivo para alcançar os objectivos a que nos propusemos, mas também pelos seus conselhos e inúmeras sugestões, pela sua incansável ajuda na recolha de elementos de doutrina e ainda pela orientação técnico-jurídica no que concerne à ciência da logística, na qual comprovadamente possui competências académicas e práticas de inegável valor.

- À minha mãe, Nadeia Leandro, cujo amor, conforto e incondicional incentivo merecem registo e eterna gratidão, nela se incluindo o tributo à memória de meu pai, a quem devo a razão maior da minha vida profissional e, indirectamente, a escolha do tema objecto deste estudo.

- À minha sempre mestre, professora e amiga, Paula V. C. Escameia, cuja presença constante, estímulo permanente, sacrifício pessoal, sensível cuidado, inegável sabedoria, rigor académico, disponibilidade permanente e competência profissional tornaram possível construir e trilhar os caminhos deste projecto.

¹ Tal como escreveu, em 1931, Marc Chagall: “It’s not possible to do it without flowers. Flowers can make you forget a dramatic moment, but they can also re-evolve it”, também o autor não poderia ter concluído esta investigação sem tal preciosa ajuda.



- *Ik ben heel veel dank verschuldigd aan Jeroen Vervliet. Hij was altijd beschikbaar, hulpvaardig en enthousiast en hij was een geweldige steun voor mij². E, ainda, também por todas as facilidades que tornaram a minha estada na Palácio da Paz em Abril de 2008, uma utilíssima e memorável experiência académica.*

- *Ao Professor Antonio Cassese pela entrevista que nos concedeu em Florença em Março de 2009, pelos materiais que teve a gentileza de nos fornecer, pelas inúmeras respostas a outras tantas perguntas que teve a amabilidade de nos enviar e, em especial, pelos seus conselhos sobre a escrita e o modo como vemos as relações interpessoais.*

- *Ao nosso estimado amigo Eng.º João Garcia Monteiro e, através dele, à Fundação Electricidade de Portugal que, num momento quase embrionário, acreditou em nós e, para além disso, criou as condições financeiras para o arranque desta investigação.*

- *Aos nossos principais críticos que nos julgam demasiado “humanistas”, aos que administrativamente colocaram muitas pedras no nosso caminho, e a todos aqueles que não vêem neste trabalho “interesse militar”, porque as suas observações geraram em nós uma boa parte da energia para produzir o estudo que agora apresentamos.*

- *Um agradecimento particular aos meus alunos do 14th Specialized Course on International Humanitarian Law do International Institute of Humanitarian Law em Sanremo (Itália), pelos seus contributos para o apêndice relativo aos media e a responsabilidade de comando.*

² Ao Director-Bibliotecário da Biblioteca do Palácio da Paz, em Haia (Holanda), Mr Jeroen Vervliet, cuja disponibilidade, abertura e singular entusiasmo são dignos de apreço e registo.



- Por último, aos obreiros do caso Yamashita (em especial, aos juízes Frank Murphy e Wiley Rutledge) e às vítimas de Srebrenica (em especial, a Dražen Erdemović³, pelo seu corajoso testemunho), cujo trágico legado nos permitiu partir em busca de soluções mais justas e mais adaptadas ao Direito dos tempos modernos, na sua senda de afirmação como um instrumento de justiça e de paz e que, para além de tudo, nos fez reflectir sobre o verdadeiro significado das palavras mais usadas nos 19 “statements of guilt” registados pelo Tribunal Internacional Penal para a ex-Jugoslávia: “shame”, “remorse”, “regret” e “apologise”.

³ Porque, tal como afirma Charles Garraway: “Soldiers are often as much victims of the decisions of their superiors as civilians” – Superior orders and ICC: justice delivered or justice denied, ICRC Review, Dec 1999, Vol. 81, nº 836, p. 793.



Abstract (versão na língua de Luís Vaz de Camões)

Dois factos determinaram o caminho seguido nesta investigação e um outro está na génese do seu resultado final. Na verdade, o caso do General Tomoyuki Yamashita em 1945 e os acontecimentos de Srebrenica no Verão quente de 1995, geraram no autor a vontade e a energia para dedicar 5 anos da sua vida ao estudo da responsabilidade dos comandantes militares. O resultado final é, em parte, também devido ao facto de, ao mesmo tempo, ter tido a oportunidade de estudar de perto o ambiente em que operam os exércitos modernos.

A responsabilidade dos comandantes militares é um tema central no debate em torno da implementação do Direito Internacional Humanitário em conflitos armados e, talvez, um dos mais importantes assuntos político-jurídicos-criminais, desde o julgamento do Cavaleiro Peter von Hagenbach em 1474, quase dois séculos antes de Hugo Grotius ter publicado “De Iure Belli ac Pacis”, em 1625.

Esta investigação aborda o tema tendo em consideração os casos mais importantes a que se refere a jurisprudência dos tribunais “ad hoc” para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda e ainda outros tribunais nacionais e internacionais e centra-se no artigo 28º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998. Dirige-se, em particular, ao problema da responsabilidade directa e indirecta por crimes de guerra em conflitos armados internacionais e não internacionais, aos elementos psicológicos “mens rea”, à responsabilidade dos outros superiores hierárquicos, à responsabilidade de oficiais de Estado-Maior, ao problema da jurisdição universal para crimes de guerra, a qualificação dos conflitos, a relação entre responsabilidade dos Estados e a responsabilidade individual, à relação entre a responsabilidade de comando e os crimes cometidos em cumprimento de ordens superiores e, finalmente, observa uma referência sobre a responsabilidade de comando e os a acção dos “media”.

Este estudo finaliza com uma análise crítica e sucinta das soluções encontradas pelo legislador português ao incorporar a responsabilidade de comando no seu ordenamento interno, designadamente no artigo 48º do Código de Justiça Militar em 2003.

Palavras-chave:

Direito Internacional Humanitário, Direito dos Conflitos Armados, elementos psicológicos, responsabilidade de comando, qualificação do conflito, responsabilidade criminal directa, Yamashita, jurisdição universal, Tribunal Penal Internacional, responsabilidade do Estado-Maior, crimes de guerra, media e Código de Justiça Militar.



Abstract (versão na língua de Miguel de Cervantes - Castelhana)

Dos factores determinaron el camino seguido en esta investigación y otro estudio estableciendo el escenario para el resultado final. En realidad, el caso del General Tomoyuki Yamashita en 1945 y los acontecimientos de Srebrenica en el caluroso verano de 1995, han generado en el autor una voluntad y una energía para dedicar 5 años de su vida en el estudio de la responsabilidad de los mandos militares. El resultado final es, en parte, también debido al hecho que, al mismo tiempo, he tenido la oportunidad de estudiar muy de cerca el ambiente de trabajo en el que operan los ejércitos modernos.

La responsabilidad de los mandos militares es un tema de debate legal en torno a la implementación del Derecho Internacional Humanitario en conflictos armados y, tal vez, uno de los más importantes asuntos político-jurídicos-criminales, desde el juicio del caballero Peter von Hagenbach en 1474, casi 2 siglos antes de que Hugo Grotius publicara “De Iure Belli ac Pacis”, en 1625.

Esta investigación aborda el tema, teniendo en consideración otros casos más importantes, en lo que se refiere a jurisprudencia de los tribunales “ad hoc” para la ex-Yugoslavia y para Ruanda y profundiza en otros tribunales tanto nacionales como internacionales, y está enfocado al artículo 28º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998. Está dirigido, en particular, hacia el problema de la responsabilidad directa e indirecta por crímenes de guerra en conflictos armados internacionales y no internacionales, los elementos psicológicos “mens rea”, la responsabilidad de los superiores jerárquicos, la responsabilidad de los oficiales de estado mayor, el problema de la jurisdicción universal para crímenes de guerra, la calificación de los conflictos, la relación entre la responsabilidad del estado y la responsabilidad individual, la relación entre la responsabilidad en el mando y los crímenes que se llevan a cabo en cumplimiento de órdenes superiores y finalmente, lleva a cabo un análisis sobre la responsabilidad del mando y el papel de la comunicación social.

Este estudio finaliza con una crítica analizada y sucinta de las soluciones encontradas por el legislador Portugués para incorporar la responsabilidad del mando en su ordenamiento interno, establecidas en el artículo 48º del Código de Justicia Militar en 2003.

Palabras clave:

Derecho Internacional Humanitario, Derecho de conflictos armados, elementos psicológicos, responsabilidad del mando, calificación de conflicto, responsabilidad criminal directa, Yamashita, jurisdicción universal, Tribunal Penal Internacional, responsabilidad criminal de Estado Mayor, crímenes de guerra, comunicación social y el Código de Justicia Militar.



Abstract (versão na língua de William Shakespeare - Inglês)

Two facts paved the way for this study and another one set the scene for the final outcome. As a matter of fact the case of General Tomoyuki Yamashita in 1945 and the events of Srebrenica in the hot summer of 1995, granted me the personal will to pledge 5 years of my life to learn about the military commanders liability. The final result is also partially due to the fact that at the same time I had the opportunity to study very closely the working environment of modern military armies.

The liability of the military commanders is a central legal debate in terms the enforcement of Humanitarian International Law during armed conflicts, perhaps one on the most noteworthy legal issues, since the judgment of the Knight Peter von Hagenbach in 1474, almost two centuries before Hugo Grotius published “De Iure Belli ac Pacis”, in 1625. This research deals with this subject, taking in consideration the major international case-law as observed by the «ad hoc» tribunals for the former Yugoslavia and Ruanda and other international and national tribunals and is focused on the article 28º of the Statute of International Crime Court as of 1998. It also addresses, in particular, the problem of the direct and indirect liability for war crimes in international armed conflicts, the “mens rea” requirement, the responsibility of non military hierarchy, the accountability of staff officers, the problem of universal jurisdiction for war crimes, the contemporary conflict qualification, the relation between state responsibility and individual responsibility, the relation between command responsibility and the crimes of following superior orders and finally attempts to analyses the command responsibility and the role of media.

The study ends with concise examination of the solutions found by the Portuguese State to incorporate the commander’s liability in its national law, namely the article 48º of the Portuguese Military Code of Criminal Law as of 2003.

Keywords:

International Humanitarian Law, Law of armed conflicts, mens rea requirement, command liability, conflict qualification, individual direct criminal responsibility, Yamashita, universal jurisdiction, International Crime Court, staff criminal responsibility, war crimes and media, Portuguese Code of Military Law.

*Abstract* (versão na língua de Jean-Baptiste Poquelin (Molière) - Francês)

Deux faits ont tracé ma route pour cette étude et un autre préparât le chemin pour le résultat final. Pour dire les choses comme elles le sont, le cas du General Tomoyuki Yamashita en 1945 et les événements de Srebrenica durant le très chaud été 1995, m'ont donné l'envie d'engager 5 années de ma vie afin d'apprendre les responsabilités des chefs militaires. Le résultat final est partiellement dû au fait qu'à la même époque j'ai eu l'opportunité d'étudier de très près l'environnement de travail des armées modernes.

La responsabilité des chefs militaires est un débat axé sur la légalité, en termes d'application du droit humanitaire international durant les conflits armés, peut être un des aspects légaux le plus notable, depuis le jugement du chevalier Peter Von Hagenbach en 1474, à peu près deux siècles avant que Hugo Grotius ne publie "De Iure Belli ac Pacis" en 1625. Cette étude aborde ce thème, en tenant compte du plus grand cas judiciaire international jamais observé par le tribunal "ad hoc" pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda ainsi que des autres tribunaux internationaux et nationaux, et est centré sur l'article 28 du Statut du Tribunal Pénal International de 1998.

Cela s'adresse aussi, en particulier, au problème de la responsabilité directe ou indirecte pour les crimes de guerre dans les conflits armés ; aux exigences "mens rea" ; à la responsabilité des hiérarchies non militaires ; à la responsabilité des actes des officiers d'état-major ; au problème de la compétence légale universelle pour crimes de guerre ; à la qualification des conflits contemporains ; à la relation entre responsabilité d'état et responsabilité individuelle ; à la relation entre la responsabilité du commandement et les crimes commis suite aux ordres reçus, et enfin aux tentatives d'analyses de la responsabilité du commandement et du rôle des médias.

L'étude se termine par l'examen concis des solutions apportées par l'état portugais pour incorporer la responsabilité du commandement dans son droit national, et plus exactement l'article 48 du code pénal militaire portugais de 2003.

Expressions de référence :

Droit humanitaire international, Droit des conflits armés, mens rea exigences, responsabilité du commandement, qualification des conflits, responsabilité individuelle, Yamashita, compétence légale universelle, Tribunal Pénal International, responsabilité des officiers d'état major, crimes de guerre et des médias, Code pénal militaire portugais.



Abstract (versão na língua de Dante Alighieri - Italiano)

Per questo studio due fatti hanno illuminato la via ed un altro ha occupato la scena per la sua conclusione finale. In realtà il caso del Generale Tomoyuki Yamashita nel 1945 e gli eventi di Sebrenica nella calda estate del 1995, mi hanno spinto a donare 5 anni della mia vita per imparare la responsabilità dei capi militari. L'esito finale è anche parzialmente dovuto al fatto che ho avuto contemporaneamente l'opportunità di studiare da presso le condizioni di lavoro dei moderni eserciti.

La responsabilità dei capi militari è un dibattito giuridico fondamentale, per quanto concerne l'applicazione del Diritto Umanitario Internazionale durante i conflitti armati, forse una delle più note questioni giuridiche, sin dai tempi del giudizio del cavaliere Peter von Hagenbach nel 1474, circa due secoli prima della pubblicazione da parte di Hugo Grotius di "De Iure Belli ac Pacis", nel 1625. Siffatto studio tratta questo argomento, prendendo in considerazione il più rilevante caso di legge internazionale osservato dai tribunali ad hoc per la ex-Jugoslavia e il Ruanda nonché dai tribunali internazionali e nazionali ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto del Tribunale Penale Internazionale del 1998. Prende inoltre di mira il problema della responsabilità diretta e indiretta per i crimini di guerra nei conflitti armati internazionali, la condizione di mens rea, la responsabilità delle gerarchie non militari, la responsabilità del personale militare, il problema della giurisdizione universale per i crimini di guerra, la qualifica del conflitto contemporaneo, la relazione tra la responsabilità di Stato e la responsabilità individuale, la relazione tra la responsabilità del comando e i crimini commessi a seguito di ordini ricevuti superiormente ed infine, tenta di analizzare la responsabilità del comando e il ruolo dei media.

Lo studio si conclude con l'esame succinto delle soluzioni trovate dallo Stato portoghese per introdurre la responsabilità del comando nella sua legge nazionale, con particolare riferimento all'articolo 48 del Codice Penale Militare portoghese del 2003.

Parole chiave o di riferimento:

Diritto Umanitario Internazionale, Leggi dei conflitti armati, condizione mens rea, responsabilità del comando, qualifica del conflitto, diretta individuale responsabilità criminale, giurisdizione universale Yamashita, Corte Internazionale per i crimini, responsabilità criminale del personale, crimini di guerra, media i Codice Penale Militare portoghese.

*Abstract/Samenvatting (Versão na língua de Joost van den Vondel - Holandês)*

Twee gebeurtenissen hebben mij op het spoor gezet van deze studie en een andere aanleiding speelt op de achtergrond van het uiteindelijke resultaat. De zaak van generaal Tomoyuki Yamashita in 1945 en de geschiedenis van Srebrenica in de zomer van 1995 bepaalden voor mij feitelijk de behoefte om vijf jaar van mijn leven te wijden aan het begrijpen van de aansprakelijkheid van militaire bevelhebbers. Het eindresultaat kwam mede tot stand doordat ik terzelfder tijd de gelegenheid had om van nabij de omstandigheden te onderzoeken waarin moderne legers opereren.

De aansprakelijkheid van militaire bevelhebbers is een onderwerp van juridisch debat wanneer het gaat om de toepasbaarheid van internationaal humanitair recht ten tijde van gewapend conflict, misschien gaat het zelfs om een van de meest belangwekkende politieke en strafrechtelijke thema's sinds de veroordeling van Ridder Peter von Hagenbach in 1474, bijna twee eeuwen voordat Hugo de Groot "De Iure Belli ac Pacis Libri Tres" publiceerde in 1625. Dit onderzoek behandelt dit onderwerp, waarbij de belangrijkste jurisprudentie in overweging is genomen, zoals die van de 'ad hoc'-tribunalen voor het voormalige Joegoslavië en voor Rwanda, alsook die van andere internationale en nationale hoven, en het onderzoek richt zich daarbij op art. 28 van het Statuut voor het Internationaal Strafhof van 1998.

In het bijzonder concentreert het onderzoek zich op het vraagstuk van de directe en indirecte aansprakelijkheid wegens in internationale gewapende conflicten gepleegde misdrijven, de 'mens rea'-vereisten, de aansprakelijkheid van het niet-militaire gezag, aansprakelijkheid van de militaire staf, de universele rechtsmacht voor oorlogsmisdrijven, kenmerking van het hedendaagse conflict, de verhouding tussen staatsaansprakelijkheid en individuele aansprakelijkheid, de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de militaire bevelhebber en de oorlogsmisdrijven die voortkomen uit het opvolgen van militaire bevelen van meerderen, en tenslotte volgt een poging tot analyse van militair-strafrechtelijke aansprakelijkheid en de media. De studie wordt afgerond met een kort en bondig onderzoek naar de oplossingen die de wetgever in Portugal heeft aangedragen om de aansprakelijkheid van het militaire bevel te incorporeren in het nationaal recht, met name in art. 48 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

Sleutel- en trefwoorden

internationaal humanitair recht, oorlogsrecht, 'mens rea'-vereisten, aansprakelijkheid van de militaire staf, kenmerking van het hedendaagse conflict, individuele directe strafrechtelijke aansprakelijkheid, Yamashita, universele rechtsmacht, Internationaal Strafhof, strafrechtelijke aansprakelijkheid van de militaire bevelhebber, oorlogsmisdrijven en 'media', Wetboek van Militair Strafrecht van Portugal



Abstract (Versão na língua de Mustafa Kemal Atatürk- Turco)

Bu calismaya giden yolu iki gercek, acti ve bir digeri de sonuc icin gerekli zemini sundu. Isin asli, General Tomoyuki Yamashita'in 1945'teki davasi ve sicak bir 1995 yazinda Srebrenica'da yasanan olaylar bana askeri komutanlarin sorumluluklarini ogrenmek uzere hayatimin bes yilini adamami saglayan sahsi iradeyi sagladi. Ayni zamanda modern ordularin calisma ortamini inceleme firsati bulmus olmam gercegi de sonuc uzerinde kismen etkili oldu.

Askeri komutanlarin sorumluluklari, silahlili catismalar sirasinda Uluslararası İnsani Hukukun uygulanmasi bakımından yasal tartismalarda merkezi bir konumda; ve belki de Hugo Grotius' un 1625'te yayimladigi "Savas ve Baris Hukuku"ndan neredeyse iki yuzyil once, Sovalye Peter von Hagenbach'in 1474 yargilanmasindan bu yana gundeme gelen, en dikkate deger hukuki tartismalardan biridir. Bu tez, bahsigecen konuya atfedilmis olup, eski Yugoslavya ile Rwanda icin kurulan gecici mahkemeler ile diger uluslararası ve milli yargilamalarda gozlemlenen onemli dava calismalarinin dikkate almis ve ozellikle Uluslararası Savas Suclari Mahkemesinin 1998 tarihli Yasasinin 28inci maddesi uzerinde odaklanmistir. Ayrica, ozellikle uluslararası silahlili catismalarla baglantili savas suclarinda dogrudan ve dolayli sorumluluklar, "mens rea" (taammud) geregi, askeri hiyerarsi haricinde yukumluluk, kurmay subaylarin hesap verme sorumlulugu, savas suclari icin evrensel yargi sorunu, cagdas kriz tanimlamalari, devlet ile birey sorumluluklari arasindaki baglanti, komutan sorumlulugu ile ustlerden kaynaklanan emirlerin uygulanmasi arasindaki iliski irdelenmekte, ve nihayet, medya ve komuta sorumlulugu konusunu analize calismaktadir.

Calisma, Portekiz Devletinin milli yasalarinda, yani 2003 tarihli Portekiz Suc Hukuku Askeri Kodunun 48inci maddesinde yeraldigi sekliyle komutanin yukumluluklerine dair cozumleri kisaca inceleyerek sona ermektedir.

Temel Tanimlar:

Uluslararası İnsani Hukuk, Silahlili Catisma Hukuku "mens rea" - taammud geregi, komuta sorumlulugu, kriz tanimlamasi, bireysel dogrudan suc sorumlulugu, Yamashita, evrensel yargilama, Uluslararası Savas Suclari Mahkemesi, personelin suc odakli sorumlulugu, savas suclari ve medya, Portekiz Askeri Hukuk Kodu-Rehberi.

Agradecimentos***Abstract******Índice******Lista de acrónimos******Introdução***

1

1. - Elementos de enquadramento e retrospectiva

1

1.1. – *A legitimidade e o jus ad bellum*

2

1.2. – *A legitimidade e o jus in bello*

6

1.3. – *A legitimidade e o jus post bellum*

13

1.4. – *Do Código de Hammurabi aos Tribunais ad hoc para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda*

15

2. – Comandar em conflitos armados

1

2.1. – *As dimensões gerais do exercício de comando*

14

2.1.1. – *A dimensão institucional e técnica*

17

2.1.2. – *A dimensão relacional*

22

2.1.3. – *A dimensão pessoal ou individual*

25

2.2. – *Graus de autoridade de comando*

31

2.3. – *Autoridade de comando e autoridade meramente hierárquica*

38

2.4. – *Coordenadas fundamentais do exercício da autoridade de comando*

40

2.5. – *Planeamento, execução, informação e controlo das ordens*

44

2.5.1. – *Planeamento e execução das ordens*

45

2.5.2. – *A informação*

50

2.5.3. – *O controlo das ordens*

53

2.6. – *Uma perspectiva tutelar da responsabilidade de comando*

62

3. – Elementos essenciais da tipologia criminal internacional

1

3.1. – *Aspectos introdutórios*

1

3.2. – *A necessidade de responsabilização internacional*

3

3.3. – *Crimes de guerra: as violações graves das Convenções de Genebra e os outros crimes*

8

3.4. – *Jurisdição universal e as obrigações resultantes dos artigos 49º, 50º, 129º e 146º das Convenções de Genebra de 1949 e do artigo 85º do Protocolo Adicional I de 1977*

45

3.5. – *Condições de aplicabilidade do artigo 8º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (a qualificação do conflito)*

52

3.6. – *Organização dos elementos objectivos do tipo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (actus reus) na perspectiva da responsabilidade de comando*

62

3.7. – *Organização dos elementos subjectivos do tipo no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (mens rea) na perspectiva da responsabilidade de comando*

67

3.7.1. – *Conceito e importância*

68

3.7.2. – *Graus ou categorias do elemento subjectivo*

69

3.7.3. – Estudo da jurisprudência dos Tribunais <i>ad hoc</i> e das soluções propostas pelo artigo 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	80
3.7.4. – O caso especial do artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	91
4. – A responsabilidade individual internacional por crimes de guerra	1
4.1. – A responsabilidade individual directa (autoria)	2
4.2. – A responsabilidade individual indirecta ou responsabilidade pela participação	6
4.3. – A responsabilidade relativa à cumplicidade nos crimes de grupo	15
4.3.1. – Casos clássicos de execução conjunta ou co-execução	18
4.3.2. – O caso especial dos campos de concentração	19
4.3.3. – O caso das associações criminosas no sentido das <i>joint criminal enterprises</i>	21
4.3.4. – Associações criminosas <i>vs</i> cúmplices e encobridores	23
4.3.5. – A responsabilidade relativa à cumplicidade nos crimes de grupo no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	24
4.4. – Breves notas sobre o problema da acção e da omissão	26
4.5. – Breves notas sobre a tentativa e a desistência no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	31
4.6. – A cumplicidade depois do facto	35
4.7. – A responsabilidade dos Estados <i>vs</i> responsabilidade dos indivíduos	37
4.8. – Circunstâncias que excluem a responsabilidade criminal: as defesas admissíveis	40
4.8.1. Em particular, a defesa «obediência às ordens superiores»	66
4.8.1.1. As origens do problema	70
4.8.1.2. A defesa em cumprimento de ordens superiores exclui a ilicitude ou a culpa?	82
4.8.1.3. Coacção e obediência a ordens superiores	85
4.8.1.4. O erro de facto e a obediência a ordens superiores	89
4.8.1.5. O erro de direito e a obediência a ordens superiores	90
4.8.1.6. As soluções na legislação portuguesa	91
4.8.1.7. As soluções do artigo 33º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	94
5. – A responsabilidade de comando e dos outros superiores hierárquicos	1
5.1. – Como deve ser encarado o artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional? Uma forma de participação separada mas não separável.	3
5.2. – A responsabilidade dos comandantes militares: os requisitos cumulativos	10
5.2.1. – A existência do elemento funcional: o problema do controlo efectivo	15
5.2.1.1. – A existência do elemento funcional como dever de controlo, traduzido numa omissão continuada ou como deveres independentes?	22
5.2.2 – A natureza do crime do artigo 28º na sua especial relação com os artigos 25º e 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	29
5.2.3. – A existência do elemento subjectivo - o fantasma de Yamashita sobrevive	34
5.2.3.1. – As excepções ao regime geral do artigo 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – o “otherwise provided”	49
5.2.3.2. – O elemento mental “mens rea” do artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – não há responsabilidade sem conhecimento	56
5.2.4. – A existência do elemento operacional não alternativo mas como uma segunda oportunidade	64
5.2.5. – Requer-se a existência de um nexo da causalidade entre a omissão e a prática do facto?	67
5.3. – O comandante criminalmente responsável por que factos (<i>ratione materiae</i>)?	69
5.4. – Responsabilidade individual directa <i>vs</i> responsabilidade de comando - Monte Cassino revisitado	88
5.5. – Responsabilidade de comando <i>vs</i> responsabilidade por associação criminosa	96
5.6. – A relevância da qualidade do agente (<i>ratione personae</i>)	99

5.6.1. – A responsabilidade dos outros superiores integrados em estruturas do Estado	101
5.6.2. – A responsabilidade dos comandantes executivos e de campos de prisioneiros de guerra	110
5.6.3. – A responsabilidade do Chefe do Estado-Maior e dos outros elementos do staff	112
5.6.4. – O caso dos superiores não integrados em estruturas do Estado	115
5.6.5 – O caso dos líderes paramilitares e dos líderes terroristas	116
 6. – Breves notas sobre as soluções consagradas na implementação na ordem jurídica portuguesa do artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	 1
6.1. – A legística formal como pecado original	3
6.2. – O caminho que ficou por trilhar nas soluções consagradas na ordem jurídica portuguesa	10
 7. – Conclusões	
 8. - Referências bibliográficas	
 9. – Apêndices:	
Apêndice 1 - Média e responsabilidade de comando	
Apêndice 2 - Quadros referidos nos vários capítulos	

Lista dos acrónimos mais utilizados

AP/PA – Additional Protocol/Protocolo Adicional

CJM – Código de Justiça Militar Português

CRP – Constituição da República Portuguesa

EMFAR - Militares das Forças Armadas Portuguesas

GC/C G - Geneva Convention/Convenção de Genebra

HR – Haia Regulations/Direito de Haia

ICC – International Crime Court/Tribunal Penal Internacional

ICJ – International Court of Justice/Tribunal Internacional de Justiça

ICRC – International Committee of Red Cross/Comité Internacional da Cruz Vermelha

ICTY/ICTR – International Crime Tribunal for former Yugoslavia/ International Crime Tribunal for Rwanda

ILC – International Law Commission/Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas

IMTFE – International Military Tribunal for the Far East/ Tribunal Militar Internacional para o Oriente Distante em Tóquio

JCE - Joint Criminal Enterprises/Associações Criminosas

POW – Prisoner of war/Prisioneiro de Guerra

RDm – Regulamento de Disciplina Militar Português

ROE – Rules of Engagement/Regras de Empenhamento ou de uso da força

RTLm - Radio Télévision Libre des Mille Collines

SCSL – Special Court for Sierra Leone



Introdução

“Tendo presente que no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocaram profundamente a consciência da humanidade...”

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional¹

*D*urante dias cruzei os enormes portões do Palácio da Paz em Haia (Holanda) sob os olhares da Deusa da Concórdia, aquando da preparação do tema da responsabilidade penal dos chefes militares e de outros superiores em acções armadas. Durante dias percorri uma ínfima parte dum vastíssimo património, constituído pelo registo de alguns dos mais fantásticos actos de que é capaz a raça humana e também dos mais ignóbeis, brutais e indignos, uma espécie de “mal absoluto” perpetrado por almas vadias, seres quase de uma outra dimensão. Durante dias entrei no pequeno mundo rodeado de muros, onde tudo parece ter um significado preciso, dourado por um silêncio quase perene, que convida a reflectir sobre o propósito mais profundo duma existência civilizada. Durante dias construí a convicção de que, quem vem ao Palácio da Paz fica não só prisioneiro do seu património de idealismo, mas também esmagado pela memória de um passado, onde tudo se reduz quase exclusivamente a essa entidade abstracta, longínqua e imaterial que é o Estado. Durante dias criei a convicção de que quem vem ao Palácio da Paz não pode jamais libertar-se dos caminhos que conduzem à dignidade da pessoa, porque não há organizações dignas sem pessoas dignas e consequentemente, não há Estados dignos sem pessoas dignas. Durante dias criei a convicção que o meu espírito ficará acorrentado às ideias maiores da respeitabilidade humana, em regra, aquelas que é preciso fazer acontecer nos momentos mais difíceis protagonizados pela espécie humana: os conflitos armados.

Haia, 23 de Abril de 2008.

¹ *Preâmbulo § 2.*



O fascínio pessoal pelo tema da responsabilidade de comando nasceu no ano de 2005, com um convite para uma intervenção sobre o assunto na Universidade Católica Portuguesa, numa conferência internacional organizada em parceria com a Procuradoria-Geral da República. O estudo de tão fascinante tema tornou-se ainda mais importante, ao ponderar a experiência pessoal em teatros de operações na Europa e em África e as dificuldades expostas por episódios da história do Direito Internacional, intricadamente contraditórios e colocados em extremos opostos, como foram o estabelecimento da tese da “responsabilidade absoluta” do General Yamashita (1946)² e a tese da “responsabilidade relativa” em sentido restrito no caso do Capitão Ernest Medina (1972). Na verdade, foi pela mão do General Douglas MacArthur que vingou a tese da “responsabilidade absoluta”, estabelecida na sequência do caso do General Tomoyuki Yamashita, julgado em 1945 e executado pelo exército americano em 1946. A este propósito, Richard L. Lael escreveu em 1982, a páginas 119 da sua notável obra «The Yamashita Precedent», o seguinte: “O chão falso sob os pés de Yamashita soltou-se pouco antes das 3 horas da manhã do dia 23 de Fevereiro de 1947. Com este acto, a responsabilidade pessoal de um oficial pelas actividades dos seus soldados foi dramaticamente afirmada (tradução do autor)”³. Vinte seis anos mais tarde, no caso do absolvido Capitão Ernest Medina, na sequência dos abomináveis acontecimentos na localidade de My Lai (Vietname), passámos de um conceito de “responsabilidade absoluta” do comandante «super-homem» aplicado no caso Yamashita, à ideia de “responsabilidade estritamente limitada ao conhecimento factual e actual” e, portanto, ao conceito de responsabilização associada a um comandante do tipo «funcionário burocrático». Mas os episódios de responsabilidade criminal internacional continuam a ter lugar praticamente a cada dia que passa. Uma lista quase infundável de nomes como Vukovar (Croácia), Sarajevo, Tuzla, Omarska e Srebrenica (Bósnia-Herzegovina), Qana, Khiam, Sabra e Shatila (Líbano), Guantanamo (Cuba), Abu Ghraib, Haditha (Iraque) e Darfur (Sudão) continua a clamar por

² Comandante do Exército Imperial Japonês nas Filipinas.

³ No original pode ler-se: “The false floor under Yamashita’s feet dropped open shortly after 3:00 AM on 23 February 1946. An officer’s personal responsibility for the activities of his soldiers had been dramatically affirmed”.



uma justiça onde a responsabilidade de comando e dos outros superiores hierárquico se joga no xadrez dos poderes, como um instrumento inevitável.

Para além destes factos, a jurisprudência dos Tribunais ad hoc e do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ao fazerem evoluir o conceito de responsabilidade dos chefes militares e dos outros superiores hierárquicos, veio abrir uma outra fonte de interesse, cuja conclusão prematura do caso Slobodan Milosevic⁴ em 2006, não permitiu ainda uma evolução mais fina do conceito.

No relatório de Robert H. Jackson para o Presidente Roosevelt, em 6 de Junho de 1945, pode ler-se o seguinte: “Hoje, muito mais que no passado, são os agentes dos Estados, em particular os altos dirigentes do Estado, que cometem crimes internacionais. Estes agentes, a grande maioria das vezes não o fazem directamente, mas através de ordens, de planos, de instigação, de organização, de ajuda, de encobrimento, ou simplesmente através da tolerância culpável ou, ainda, negligentemente falham a sua prevenção e o seu castigo. Esta é a razão por que o conceito de “responsabilidade do superior” adquiriu tal importância desde o caso do General Yamashita (1946) (tradução do autor)”⁵. O objectivo desta investigação é, precisamente, confrontar os argumentos que estiveram na base da jurisprudência da “responsabilidade absoluta” dos comandantes militares, perspectivando-a na modernidade das acções armadas, muito em especial naquelas que enfrentamos ao comandar forças em conflitos de terceira e quarta geração, com particular destaque, como já referimos, para as modernas soluções encontradas pelos Tribunais ad hoc estabelecidos pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas e pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Neste contexto, o estudo que se apresenta parte de uma ideia central presente ao longo de todo o texto: a responsabilidade de comando constitui um atributo essencial da disciplina militar e uma parte fundamental do funcionamento de qualquer hierarquia militar. Assim, importa portanto, fornecer um caminho para um melhor entendimento dos termos dessa responsabilidade, discutindo, em concreto, não só a atribuição dum critério interpretativo

⁴ Caso n.º ICTYIT-02-54 encerrado em 14 de Março de 2006, por falecimento do arguido em 11 de Março de 2006.

⁵ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed., p.307.



para seguintes expressões, consagradas em 1998 pela letra do Estatuto de Roma: “tinha conhecimento (*knew*)” ou “deveria ter tido conhecimento (*should have known*)”, mas essencialmente identificando o conceito de responsabilidade consagrado no artigo 28⁶ pela presença dos artigos 25⁷ e 30⁸, numa perspectiva em que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional atribui um novo papel aos comandantes militares, no sentido de os tornar garantes⁹ do direito internacional que confere protecção humanitária e crimes de guerra.

Por um lado, a tese que defendemos neste contexto é a de que, muito claramente, a responsabilidade de comando de outros superiores hierárquicos a que se refere o artigo 28^o do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, não trata um crime “sui generis” a

⁶ Artigo 28.º (Responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos)

Para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal;

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controlo efectivos, pelo facto de não ter exercido um controlo apropriado sobre esses subordinados, quando:

i) O superior hierárquico teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

ii) Esses crimes estavam relacionados com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos; e

iii) O superior hierárquico não adoptou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

⁷ Artigo 25.º (Responsabilidade criminal individual)

1 - De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas singulares.

2 - Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.

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

a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja ou não criminalmente responsável;

b) Ordenar, provocar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;

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

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

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

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

e) No caso de crime de genocídio, incitar, directa e publicamente, à sua prática;

f) Tentar cometer o crime mediante actos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.

4 - O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas singulares em nada afectará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.

⁸ Artigo 30.º (Elementos psicológicos)

1 - Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que actue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.

2 - Para os efeitos do presente artigo, entende-se que actua intencionalmente quem:

a) Relativamente a uma conduta, se se propuser adoptá-la;

b) Relativamente a um efeito do crime, se se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos.

3 - Nos termos do presente artigo, entende-se por «conhecimento» a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos. As expressões «ter conhecimento» e «com conhecimento» deverão ser entendidas em conformidade.

⁹ O termo pretende ser uma tradução da expressão “*guarantors*” que encontramos em ICTY IT-01-48, *Sefer Halilović Trial* 2005, §87 “...As noted above, international humanitarian law entrusts commanders with a role of guarantors of laws dealing with humanitarian protection and war crimes...”



acrescentar ao elenco previsto no artigo 5º, mas apenas representa uma das modalidades de responsabilidade individual, numa perspectiva de um específico modo de participação, que deve ser avaliado como uma extensão do n.º 3 do artigo 25º. Por outras palavras, o artigo 28º preenche a lacuna deixada pelo n.º 3 do artigo 25º, relativamente à responsabilidade criminal individual, mas não cria um novo tipo de crime. Também não se trata de uma das formas tradicionais de participação, uma vez que nestas se verifica um “apoio” ao agente que pratica o facto; nem se verifica uma forma de autoria (a co-autoria) já que, neste caso, o crime é executado pelo agente em conjunto ou através de outros agentes. Na responsabilidade de comando, tal “apoio” ou tal “execução” não se verifica, mas tem lugar tão somente a criação de condições ou a abertura de uma possibilidade ou ainda criação de um perigo para bens protegidos para a prática do facto típico, tendo por base uma relação especial entre os agentes dos crimes e o seu superior hierárquico. Consideramos, isso sim, tratar-se de um género de responsabilidade individual, que se baseia na existência de dois deveres gerais (controlar e reprimir) que obrigam o superior hierárquico a uma certa conduta, conduta essa, que está dependente do momento em que este (superior) tomou conhecimento (knew/sabia), tendo em consideração que se trata de um crime de “segunda oportunidade”. O artigo 28º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional é por nós entendido como estatuidando um crime de segunda oportunidade para o superior hierárquico em que, dependendo da relação entre o tipo de conhecimento possuído (tinha conhecimento, deveria ter tido conhecimento ou não considerou a informação que lhe indicava claramente) e o momento em que é praticado o facto típico pelos seus subordinados, este (o superior) é dolosamente responsável pela omissão que aumentou o risco da prática do crime previsto no Estatuto nos termos do seu artigo 5º¹⁰ ou, pelo contrário, é apenas negligentemente responsável pela omissão que resulta dos seus deveres de superior hierárquico.

Relativamente à natureza do crime do artigo 28º e ao conceito base de responsabilidade de comando, defendemos tratar-se de um crime que combina duas condutas omissivas, sendo a

¹⁰ Ou, em concreto, apenas nos termos do seu artigo 8º.



primeira dolosa e a segunda negligente, e onde a segunda limita a responsabilidade pela primeira. Defendemos, também, relativamente ao elemento subjectivo fora do caso “conhecia/knew” e, portanto, tendo em conta a violação do segundo dever, dependendo da sua aplicabilidade aos comandantes militares ou aos outros superiores hierárquicos, este apresenta-se como uma responsabilidade de base negligente próxima dos sistemas da “civil law” ou de uma responsabilidade, com base no conceito de “recklessness”, mais próximo dos sistemas da “common law”.

Por outro lado, defendemos também que a incorporação na ordem jurídica nacional do conceito internacional de responsabilidade de comando e de outros superiores hierárquicos, apresenta significativos problemas de legística e consideráveis lacunas, no que respeita à política legislativa, de concretização material nos domínios criminal e disciplinar militar.

A investigação que apresentamos tem limitações e parte de alguns pressupostos. Assim, este estudo não é uma teoria do crime em Direito Penal Internacional, não é uma análise do acto segundo uma dogmática penalista, não é um estudo exaustivo das diferentes modalidades de responsabilidade dos chefes militares, não analisa todas as diferentes circunstâncias do exercício do comando, nem procura uma resposta fechada e definitiva para a teoria da responsabilidade dos superiores hierárquicos. Este estudo também está limitado aos crimes praticados por agentes militares ou civis na perspectiva do artigo 8º do Estatuto de Roma, e entre estes, ficam de fora todas as violações que não cabem na categoria de violações graves e que não se encontram estatuídas no artigo 8º – crimes de guerra. Está, portanto limitado à responsabilidade de comando e de outros superiores por crimes de guerra, com expressa exclusão das temáticas do jus ad bellum. Este estudo parte também do demonstrável pressuposto que há uma distinção entre as relações hierárquicas do tipo “autoridade de comando” e as relações que designamos por “autoridade meramente hierárquica” e que é possível obter um critério comum interpretativo, ainda que aproximado, para o conceito de “mens rea” em direito internacional público. O trabalho académico que apresentamos procura combinar a ciência do direito internacional público em alguns dos seus



aspectos criminais¹¹ e do direito internacional comparado, as ciências militares em alguns elementos da sua doutrina de comando, a ciência política nas suas referências mais marcantes e, ainda, uma certa visão ética e prática do problema, cuja natureza pessoal representa, por sistema, uma atitude responsavelmente optimista. Em particular, os aspectos doutrinários relativos às ciências militares centram-se nos procedimentos adoptados pelos Estados que integram modernas organizações de defesa, tendo as afirmações que a este propósito se produzem apenas uma validade estritamente académica, não representando por isso a posição oficial de nenhuma organização em particular.

O corpo principal está organizado em seis capítulos iniciando-se com um enquadramento e retrospectiva da problemática central, desenvolvendo o segundo alguns dos aspectos centrais do exercício do comando e descrevendo o terceiro aquilo que é o moderno conceito de crimes de guerra numa perspectiva jurídico-internacional. Os dois capítulos seguintes, os capítulos 4 e 5 analisam a responsabilidade dos superiores como uma forma especial de responsabilidade, que incorpora aspectos de responsabilidade colectiva e preenche vazios deixados por outras formas de responsabilidade individual. No último capítulo apresentam-se as conclusões que explicitamente apontam os elementos essenciais da responsabilidade de comando e dos outros superiores hierárquicos, designadamente referindo a problemática do elemento cognitivo, afirmando que a análise do elemento mental da alínea a) (i) do artigo 28º, incluso na expressão: “... em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento... (... should have known...)”, não deve ser feita no sentido em que o vinha sendo pelos Tribunais ad hoc com base no costume internacional mas pelo contrário, o elemento mental deve ser avaliado de acordo com a sua letra, tendo em atenção o seu sentido teleológico expresso pelo objecto e pela finalidade do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Para além desta ideia, também se aponta para o facto de que é a responsabilidade dos outros superiores o grande desafio da implementação do Estatuto de

¹¹ Em Portugal, a expressão consagrada é a expressão «direito penal», embora nos sistemas anglo-saxónicos a expressão mais utilizada seja a expressão «direito criminal». Assim, utilizaremos maioritariamente, ao longo desta investigação, a expressão «direito penal», mas no sentido da regulação dos crimes e não, como poderia eventualmente parecer a um leitor não nacional, no sentido da regulação das penas.



Roma, uma vez as suas exigências e limitações fazem com que a já tão difícil disciplina que representa a responsabilização líderes políticos seja ainda mais remota.

Antes de terminar, o autor apresenta ainda, à guisa de prognose sobre a modernidade do campo de batalha, uma breve reflexão orientativa sobre a responsabilidade dos chefes militares e os media.

Há muitas razões pelas quais consideramos esta investigação essencial, numa cultura de legitimidade das acções armadas no contexto de uma sociedade moderna e democrática. Todavia, gostaríamos de destacar as seguintes: em primeiro lugar, a responsabilidade dos superiores tem sido um dos assuntos mais discutidos no pós-guerra, uma vez que esta figura tem um papel central na implementação do direito internacional humanitário e dos conflitos armados e, como tal, as soluções relativas a este tipo de responsabilidade são percepcionadas como uma espécie de indicador jurídico-político sobre a eficiência e a eficácia da tutela deste tipo de normas jurídico-internacionais. Esta figura é das mais discutidas, das que mais evoluíram nos últimos anos e certamente das mais importantes no contexto do jus bello.

Em segundo lugar, a publicação em 2003, do Código de Justiça Militar e o novo acervo da justiça militar portuguesa¹² que, consagrando o fim dos tribunais militares em tempo de paz, transpôs um conjunto de tipos de crimes resultantes de vinculações internacionais do Estado Português, fez equivaler a crimes cometidos em tempo de guerra, os perpetrados em estado de sítio e de emergência ou em ocasião que pressupunha a aplicação das Convenções de Genebra, para a protecção das vítimas de guerra, bem como fez equivaler a crimes cometidos em tempo de guerra os relacionados com o empenhamento das Forças Armadas ou de outras forças militares em missões de apoio à paz, no âmbito dos compromissos internacionais

¹² A Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro, que aprovou o novo Código de Justiça Militar e revogou a legislação existente sobre a matéria, tendo em atenção a Declaração de Rectificação n.º 2/2004, de 3 de Janeiro, bem como o Decreto-Lei n.º 219/2004, de 26 de Outubro e a Portaria n.º 1130/2004, de 25 de Outubro (2.ª série), a Lei n.º 105/2003, de 10 de Dezembro - Quarta alteração e republicação da Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais), a Lei n.º 101/2003, de 15 de Novembro, que aprovou o Estatuto dos Juizes Militares e dos Assessores Militares do Ministério Público, a Declaração de Rectificação n.º 1/2004, de 3 de Janeiro, e o recentemente aprovado Regulamento de Disciplina Militar, através da Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de Julho.



assumidos pelo Estado Português.¹³ Nestes termos, importa tomar posição, em particular, sobre estas novas soluções que o legislador português consagrou, em especial sobre a figura da responsabilidade do superior hierárquico¹⁴ que, tendo ou devendo ter, conhecimento de que um subordinado cometeu ou se prepara para cometer determinados crimes, não adopte as medidas necessárias e adequadas para impedir ou reprimir a sua prática ou para a levar ao conhecimento imediato das autoridades competentes, é punido com a pena correspondente ao crime ou crimes que vierem efectivamente a ser cometidos (artigo 48º do CJM), tendo em vista a realização em 2010 da Conferência de Revisão do Estatuto de Roma¹⁵.

Em terceiro lugar, considerando como Américo Taipa de Carvalho¹⁶ que a: “designação de Direito Internacional Penal compreende o conjunto de normas jurídico-penais (materiais e processuais) constantes de tratados ou convenções internacionais a que um Estado tenha aderido (como parte outorgante ou como posterior aderente) e que pertencem a este domínio, por exemplo as Convenções de Genebra (...) e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, aprovado a 17 de Julho de 1998, tendo entrado em vigor em 1 de Julho de 2002”¹⁷; considerando ainda que com a “relativização do conceito de soberania estadual, passou também a relativizar-se o poder punitivo estadual, passando-se de um isolacionismo penal, a uma progressiva cooperação judiciária dos Estados em matéria penal”¹⁸, temos que concluir que o *jus puniendi* representa hoje a consciencialização prática do reconhecimento das necessidades de interdependência e cooperação interestadual, interdependência essa que, deve também ter, na nossa perspectiva, para além de uma dimensão inter-estadual, uma via multidisciplinar. Neste âmbito, deve ainda destacar-se o início da actividade do Tribunal Penal Internacional, com a detenção em 10 de Fevereiro de 2006 de Thomas Lubango Dyilo, acusado, entre outros crimes, de recrutar crianças soldado.

¹³ Artigo 9º da Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro, aprovou o novo Código de Justiça Militar.

¹⁴ Artigo 48º da Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro, aprovou o novo Código de Justiça Militar.

¹⁵ Nos termos dos artigos 121º e 123º, tendo em consideração que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional entrou em vigor em 1 de Julho de 2002 e que prevê a realização de tal revisão em 2009.

¹⁶ Américo A Taipa Carvalho, *Direito Penal: Teoria Geral do Crime*, Vol. I, p. 258 (adaptado).

¹⁷ Aprovado, para ratificação, pela Assembleia da República n.º3/2002, publicado no Diário da República, em 18 de Janeiro.

¹⁸ Américo A Taipa Carvalho, *Direito Penal: Teoria Geral do Crime*, Vol. I, p. 261.



Em quarto lugar, porque há uma memória do passado com a qual toda a comunidade internacional precisa aprender, memória essa que se impõe às sociedades civilizadas e cujo valor e percepção deve estar presente, mesmo em sítios remotos e mesmo no decorrer do uso da força armada, simplesmente porque os actos criminosos que conduzem à infâmia, acabarão mais cedo ou mais tarde, por pertencer a um património colectivo que, no limite, se tornará perene.

Em quinto lugar, porque na divisão académica entre o jus ad bellum e o jus in bello merece destaque o consagrado princípio da invocabilidade da suspensão da vigência de um tratado de natureza humanitária, com base na sua violação, a que se refere o n.º 5 do artigo 60º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de Maio de 1969¹⁹. Este tipo de invocabilidade impõe uma prática que urge afirmar, em especial pelos exércitos dos Estados democráticos. Nesta divisão académica, merece também particular referência a nossa convicção, contrária às percepções da doutrina militar maioritária, que refere a necessidade de respeito do jus in bello, tendo por base a reciprocidade e que, em nosso ver, se sustenta na razão maior da própria intenção do direito internacional de matriz voluntarista, isto é, a redução do sofrimento desnecessário e a preparação da reconciliação e da paz. A reciprocidade é uma mera expectativa, mas não pode ser encarada como a razão das regras internacionais, muito em particular, em tempo de conflito armado.

Finalmente, tendo em consideração as palavras que nos dirigiu Antonio Cassese quando nos encontrámos em Florença, falando sobre as razões da revisão do seu último livro: “a responsabilidade de comando tem uma importância crucial”²⁰ no direito internacional, importa considerar que, entre nós, há aspectos da responsabilidade de certos agentes no exercício de funções de liderança que permanecem ainda pouco estudados e divulgados, pelo que é necessário procurar uma nova leitura dos instrumentos ao nosso dispor. Quanto a nós, pensamos que só assim será possível almejar, na forma moderna, a realizar o epíteto do General Cartaginês Aníbal (247 aC - 183 aC) segundo o qual: “ou se encontra um caminho ou

¹⁹ Decreto do Presidente da República n.º 46/2003, publicado no Diário da República n.º 181, Série I-A, de 7 de Agosto de 2003.

²⁰ International Criminal Law, 2nd ed., 2008.



*se constrói um*²¹, e assim contribuir para uma justiça penal internacional cada vez mais digna. A justiça ou, neste caso, a falta dela, tem sido, e continuará provavelmente a ser, a causa maior de todos os conflitos armados, em todos os tempos, em épocas e, porventura, em todos os lugares.

Florença (Itália), Maio de 2009.

²¹ "We will either find a way or make one" – Research Paper n.º 38, NATO Defence College Rome, July 2008, p. 3.



“Melior Post Aspera Fata Resurgo”²²

²² “A adversidade fortalece”: legenda inscrita sob a imagem de Hugo Grócio (1583-1645) esculpida em madeira e que está colocada por cima da porta da entrada da Sala das Deliberações do Tribunal Permanente de Arbitragem do Palácio da Paz, em Haia.

1. Elementos de enquadramento e retrospectiva

“War (...) it selects the best for death, namely the young, strong, competent and leaves the old, weak and lame to reproduce their incompetence (...) A gigantic offence committed by men of today against men of tomorrow”.

Bertha von Suttner (1843-1914)¹

Se entendermos legitimidade² não só como “a existência de um sistema normativo que justifica a razão de ser”³, mas também como a consensualidade das práticas alicerçadas na convicção e aceitação⁴ do valor dos princípios que as justificam e que lhes conferem uma qualidade ética⁵ e de vinculação ao poder, com potencial para aspirar à perfeição⁶, podemos então afirmar que a legitimidade do uso da força em acções militares armadas se concretiza através da verificação de um todo tridimensional, onde cada uma das suas componentes é indissociável da formação de um conjunto coerente.

¹ Brigitte Hamann - Bertha von Suttner: *A Life for Peace*. Syracuse University Press, 2002, p. 62.

² Do latim *legitimus/legitimare/legitimus*. A doutrina clássica considera três fontes principais: tradicional, carismática e racional ou legal.

³ Júdice, José Miguel; Correia, João; *A legitimação ou a legitimidade*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 64, Novembro de 2004, p. 11.

⁴ Adão, Marco Aurélio Alves. *Ética, liberdade, legalidade e legitimidade*. Jus Navigandi, Teresina, Ano 4, n.º 37, Dezembro 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=19>>. [Em linha]. [Acesso em 3 de Abril de 2007].

⁵ Alexandre Rezende da Silva. *Legalidade e legitimidade*. Jus Navigandi, Teresina, Ano 7, n.º 63, Março 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3814>. [Em linha]. [Acesso em 3 de Abril de 2007].

⁶ Francis Fukuyama em *The End of History and the Last Man* estende a legitimidade às percepções individuais e subjectivas de cada ser humano, p. 15.

1.1. A legitimidade e o *jus ad bellum*

“Peace is not merely the absence of armed conflicts, but a positive state of well being”.

Lawrence Hinman⁷

*Em primeiro lugar, a legitimidade do uso da força armada deverá ter em conta as regras do *jus ad bellum* ou *bellum justum*⁸, cujas origens se confundem com imperativos de consciência, alicerçados em virtudes morais (honra) de base teológica, que se foram fortificando a partir das teses de Santo Agostinho de Hipona⁹ (353-430) e de São Tomás de Aquino¹⁰ (1225-1274), percorrendo os momentos de procura de equilíbrios no conserto das entidades políticas. Desses momentos destacamos a Paz de Vestfália (sistema de Estados iguais) no longínquo ano de 1648, o Congresso de Viena de 1815 (sistema de congressos), passando pelo sistema de alianças que perdurou até à Sociedade das Nações em 1919, sem perder de vista o seu expoente máximo, isto é, a entrada em funcionamento do sistema das Nações Unidas em 1945.*

A legalidade das acções armadas baseou-se, num primeiro momento, ou se se quiser no período clássico, em critérios de estrita justiça material¹¹ - a justa causa¹²- organizados em quatro categorias: defesa, recuperação de propriedade, recuperação de dívidas e imposição de sanções. Santo Agostinho indicou mesmo a justa causa, a legítima potestas, a ultima ratio, o bonus eventus, o proportio effectuum e o jus in bello como requisitos de legitimidade. São Tomás de Aquino referiu-se também à mesma problemática indicando três requisitos: a auctoritas principis, a justa causa e a recta intenção.

⁷ Laurence M. Hinman - *Ethics: A Pluralistic Approach to Moral Theory* 3rd ed. Toronto: [s.n.], 2003, p. 374.

⁸ Direito de fazer, desencadear, iniciar a guerra ou também decidir sobre a iniciativa das hostilidades ou ainda simplesmente direito preventivo da guerra.

⁹ Autor de “A Cidade de Deus”, obra em 3 Volumes publicada em Lisboa, pela Fundação Calouste Gulbenkian.

¹⁰ Edição consultada de “Summa Theologiae” de St. Thomas Aquinas, tradução de The Fathers of the English Dominican Province, 1947. Em especial, na Segunda Parte da Segunda da Parte - Treatise on The Theological Virtues of War, a questão 40^a (1^o artigo). [Em linha]. [Acesso em 2 de Outubro de 2002]. <http://www.sacred-texts.com/chr/aquinas/summa/index.htm>.

¹¹ A expressão justiça material é aqui empregue no sentido da verificação exclusiva da matéria que sustentava o jus belli e do seu enquadramento numa ou em várias das quatro categorias apresentadas.

¹² O conceito de justa causa encontra-se discutido por muitos autores, designadamente: num decreto de Graciano, pelo Cardeal Henrique de Susa, nas Ordenações Afonsinas, Hugo Grócio, etc.



Num segundo momento, a partir da dissipação da ordem feudal com a Paz de Vestefália e prolongando-se praticamente até ao século XIX, observou-se um desgaste na doutrina da Guerra Justa e o entendimento que os Estados poderiam usar a força na prossecução dos seus objectivos políticos, deu lugar à doutrina da “Raison d’État”, embora o uso agressivo da força armada não tivesse sido consagrado como uma verdadeira liberdade, decorrente do estatuto então conferido à soberania. Este facto permitiu a transferência da ênfase colocado na legalidade do desencadear das acções armadas, para uma maior preocupação com os direitos e deveres relativos à conduta das hostilidades. Esta oportunidade possibilitou, em consequência, o nascimento do carácter internacional e positivo do jus in bello, facto a que nos referiremos mais à frente.

No início do século XX assistiu-se a um movimento cujo objectivo visou interditar o recurso à força armada de carácter agressivo. Um conjunto de instrumentos internacionais, ainda anteriores à Carta das Nações Unidas, veio sinalizar esta necessidade essencial no que respeita à identificação de legitimidade para as acções armadas. Desses instrumentos destacam-se as sucessivas tentativas de aperfeiçoamento introduzidas, designadamente: em 1907, pela Convenção Drago-Porter (II Convenção de Haia) que, pela primeira vez, tentou limitar o uso da força, ainda que, com um alcance limitado à recuperação de dívidas contratuais; pelo artigo 10º do Pacto da Sociedade das Nações, aprovado na Conferência de Versaillles em 1919 que, embora não proibisse o recurso à guerra, codificou os seus limites no respeito pela independência e integridade nacional, abrindo perspectivas de introdução do elemento teleológico na classificação do uso da força, possibilitando a legítima defesa e a protecção de nacionais e, em 1928, pelo Pacto de Paris ou de Briand-Kellogg, cuja ideia principal assegurou a interdição genérica do uso da força armada, conferindo à legítima defesa um estatuto de verdadeiro direito¹³.

¹³ Durante as negociações na Conferência de Paz de Paris, foi incluída na primeira parte do Tratado de Versaillhes a criação do Pacto ou Sociedade das Nações (League of Nations). A sua criação foi baseada na proposta de paz conhecida como os “Quatorze Pontos”, feita pelo Presidente norte americano Woodrow Wilson, em mensagem enviada ao Congresso dos Estados Unidos em 8 de Janeiro de 1918. Os “Quatorze Pontos” propunham as bases para a paz e a reorganização das relações internacionais, no final da I Guerra Mundial. Entre essas propostas figurava a criação de um pacto para a criação da Sociedade das Nações (ponto n.º 14), pacto este que foi constituído pelos primeiros 30 artigos do Tratado de Versaillhes (1919). O Pacto da Sociedade das Nações assentava num sistema de resolução de conflitos que tinha como princípio a interdição das acções armadas, mas que oferecia como meios para evitar o uso de meios armados a arbitragem e a via judicial e medidas de natureza militar não identificadas. Um dos

No percurso histórico que conduziu à realidade contemporânea, merecem ainda particular destaque as Conferências de Paz de 1899 e de 1907, bem como o contributo ímpar de personalidades como Hugo Grócio (1583-1645), Immanuel Kant (1724-1804), Fedor Fedorovich Martens (1845-1909), Bertha von Suttner (1843-1914) e Woodrow Wilson (1856-1924), personalidades que ajudaram a construir as referências fundamentais da componente da legitimidade do *jus ad bellum*, assente hoje num conjunto de princípios fundamentais exarados no preâmbulo e nas normas iniciais do texto da Carta das Nações Unidas. Entre esses princípios de acção destacam-se a progressividade na resolução de conflitos e a utilização da força armada, no interesse comum ou de modo compatível com os objectivos da comunidade internacional politicamente organizada.

A teoria da guerra justa nasceu associada a um comportamento eticamente aceitável, cuja fundamentação evoluiu a partir de bases teológicas até à sua estruturação de suporte racional. Mas, São Tomás de Aquino não se preocupou apenas com as razões do uso da força armada, como também com o modo como é utilizada essa mesma força armada. Ambas as preocupações foram apoiadas por uma importante parte dos pensadores que se lhe seguiram, entre os quais, Francisco de Vitória (1492-1546), Francisco Suarez (1548-1617), Hugo Grócio (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-1704), Christian Wolff (1679-1754) e Emerich de Vattel (1714-1767). O aparecimento da arma nuclear e o envolvimento dos Estados Unidos da América no Vietname e no Iraque, fez regressar o tema com outros pensadores contemporâneos a abordarem o assunto. Entre eles, destacamos os seguintes: Michael Walzer's «Just and Unjust Wars: a Moral argument with historical illustrations (1977)¹⁴» e

artigos mais interessantes é o artigo 16º que se transcreve em seguida: “Se um Membro da Sociedade recorrer à guerra, contrariamente aos compromissos tomados nos artigos 12º, 13º ou 15º, será “*ipso facto*” considerado como tendo cometido um acto de beligerância contra todos os outros Membros da Sociedade. Estes comprometer-se-ão a romper imediatamente com ele todas as relações comerciais ou financeiras, a interdizer todas as relações entre seus nacionais e os do Estado que rompeu o Pacto, e a fazer cessar todas as comunicações financeiras, comerciais ou pessoais entre os nacionais desse Estado e os de qualquer outro Estado, Membro ou não da Sociedade.” A Sociedade das Nações criou, em 1921, o “Advisory Committee of Jurists” cuja tarefa seria a preparação da implementação de dois tribunais: O Tribunal Permanente de Justiça Internacional com o objectivo de resolver disputas entre Estados e o Supremo Tribunal de Justiça com jurisdição sobre pessoas agentes de crimes internacionais. Este último nunca foi estabelecido. Para mais detalhes, consultar Ivo Josipović - *Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments*, University of Zagreb, 2005, p. 13ss.

¹⁴ Walzer escreveu: “Nothing but aggression can justify war ... ‘There is a single and only just cause for commencing a war,’ wrote Vitoria, ‘namely a wrong received. . . . Nothing else warrants the use of force in international society - above all not any difference in religion or politics’”. Michael Walzer, *Just and Unjust War* (2ª ed., New York, Basic Books, 1992), p. 62. Já existe



«War and Justice» (2001)¹⁵, Barrie Paskins e Michael Dockrill «The Ethics of War (1979)¹⁶», Richard J. Norman «Ethics, Killing and War (1995)¹⁷» e Brian Orend «War and International Justice: A Kantian perspective (2000)¹⁸». De salientar também alguns artigos de Thomas Nagel «War and Massacre¹⁹» e Elizabeth Anscombe «War and Murder²⁰».

O resultado deste roteiro histórico do exercício do vector força armada em termos de relações internacionais, a nosso ver, pode ser sintetizado numa classificação das acções armadas, que se organiza em três modalidades: as acções armadas legítimas ou aceitáveis, as ilegítimas ou inaceitáveis e as legitimáveis ou aquelas que, tendo fundamento de aceitabilidade, requerem uma análise mais cuidada relativamente à sua execução. Esta última categoria funciona como um banco de prova pelo exercício, expurgadas eventuais constrangimentos doutrinários que enjeitariam, ab initio, qualquer enquadramento de legitimidade. A classificação das acções armadas internacionais deve ter em conta não só os seus fins, o seu enquadramento jurídico-positivo, como também os pressupostos, o modo como são executadas e a eventual responsabilização dos seus actores. Todavia, independentemente da sua qualificação numa destas modalidades, esta componente da legitimidade não se esgota no *jus in bello*, pelo contrário requer, ainda, a verificação das duas outras componentes que veremos sinteticamente em seguida.

uma publicação de Basic Books, 3ª edição (January 2000), 400 páginas ISBN-10: 0465037054 e também uma outra edição publicada por New York, Harper Collins Publishers, 1992.

¹⁵ Publicado por Michael Walzer sob o título "On War & Justice" no International Journal em 1 de Julho de 2001.

¹⁶ Publicado por Minneapolis: University of Minnesota Press, 1979.

¹⁷ Publicado por Cambridge University Press, 1995, 256 páginas. ISBN 0521455391

¹⁸ Publicado por Wilfrid Laurier University Press, 2000, 312 páginas. ISBN-10: 0889203377

¹⁹ Thomas Nagel - War and Massacre, Philosophy & Public Affairs, vol. 1, 1972, p. 123-44.

²⁰ Elizabeth Anscombe - War and Murder in Ethics, Religion and Politics. Basil Blackwell, Oxford, 1981: "So we have to fear God and keep his commandments, and calculate what is for the best only within the limits of that obedience, knowing that the future is in God's power, and that no one can snatch away those whom the Father has given to Christ. ... Those, therefore, who think they must be prepared to wage a war with Russia involving the deliberate massacre of cities, must be prepared to say to God: 'We had to break your law, lest your Church fail. We could not obey your commandments, for we did not believe your promises.'"

1.2. A legitimidade e o jus in bello

“Do not be surprised by the harshness and roughness of some of our troops”, an Austrian officer told me: “we have savages from the most distant corners of the Empire; in a word we have real barbarians in our army”.

Henry Dunant (1828-1910)²¹

A segunda componente da legitimidade das acções armadas está associada a dois factos. Por um lado, as doutrinas de Hugo Grocio²², Francisco de Vitória²³, Domingos Soto (1491-1560)²⁴, Christian Wolff²⁵, Emerich Vattel²⁶ e do filósofo prussiano Immanuel Kant uma vez que permitiram a separação entre o jus ad bellum e o jus in bello, criando as condições objectivas para a responsabilização dos actos praticados durante as campanhas militares. Por outro, a doutrina da “Raison d’État” constituiu, como já afirmámos, a

²¹ Em 24 de Junho de 1859, o suíço Henry Dunant deslocou-se a Solferino (no norte de Itália) numa viagem de negócios. Nesta região deparou-se com a Batalha de Solferino um combate decisivo da Segunda Guerra de Independência Italiana, resultante da invasão do Piemonte-Sardenha pelos austríacos em 1859. Essa batalha resultou na vitória das tropas francesas de Napoleão III e Sardo-Piemontesas de Vitor Emanuel II sobre o exército austríaco comandado pelo imperador Francisco José I da Áustria (Franz Joseph). O balanço trágico do elevadíssimo número de baixas que foram deixadas sem assistência médica não deixou indiferente Dunant. Impressionado por tais condições desumanas, organizou um serviço improvisado de socorro local e de regresso a Genebra, escreveu as suas memórias numa obra intitulada “A Memory of Solferino” que se constituiu como um grande sucesso e onde, para além de outras considerações, apresentou as suas propostas para minimizar os efeitos dos conflitos armados. Entre estas propostas figuravam a criação da Cruz Vermelha e a adopção daquilo que hoje conhecemos como as 4 Convenções de Genebra de 1949. *A Memory of Solferino*, Genève, ICRC, 1986, p. 51.

²² Jurista holandês que descreveu sua concepção do Direito natural na obra *De Jure Praedae* (Comentário sobre a lei do apresamento e botim) e na obra “*De Jure Belli ac Pacis*” (Sobre a Lei de Guerra e da Paz). Este último, escrito em 1625, é uma versão aumentada do primeiro, mas só foi publicado em 1868, quando professores da Universidade de Leyden descobriram o manuscrito. Entretanto, o Capítulo 12 foi publicado separadamente em 1609 como *De Mare Liberum* (Sobre a Liberdade dos Mares). *De Mare Liberum* discute os direitos de Inglaterra, Espanha e Portugal a governar os mares. Se tais países pudessem legitimamente governar e dominar os mares, os holandeses estariam impedidos de navegar às Índias Ocidentais. O argumento de Grócio foi o de que a liberdade dos mares era um aspecto primordial na comunicação entre os povos e nações. Nenhum país pode monopolizar o controlo do oceano dada sua imensidão e falta de limites estabelecidos. Na obra “*De Jure Belli ac Pacis*”, Grócio desenvolve a doutrina da guerra justa e estabelece uma importante diferença que ainda hoje permanece no direito internacional, como um princípio fundamental: o jus in bello e o jus ad bellum são distintos na sua aplicabilidade. Esta diferenciação tem particular interesse no caso do n.º 5 do artigo 60º da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados que retira a possibilidade de Extinção ou Suspensão da Execução de um Tratado em Consequência de sua Violação, sempre que estiver em causa a protecção da pessoa humana contida em tratados de carácter humanitário e especialmente das disposições que proíbem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados.

²³ Nasceu em Burgos tendo ficado conhecido pelas suas lições sobre o tema da colonização no continente americano (*De Indes et de Iure Belli reflectiones*, 1539). Iniciou a distinção entre as razões legais para iniciar um conflito armado e os limites das leis da guerra.

²⁴ Nasceu em Segóvia tendo escrito o vasto tratado “*De Justitia et de Jure*” que ajudou a desenvolver uma importante doutrina de princípios de um Direito Internacional claramente positivista.

²⁵ Teorizou, pela primeira vez, na obra *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749, o facto de que os direitos e deveres das partes no decurso das hostilidades são independentes do fundamento e das causas da guerra.

²⁶ Incorporou no Direito Internacional restrições aos meios utilizados durante a condução das hostilidades na sua obra “*Law of Nations*” de 1758.



oportunidade para o seu aprofundamento. Esta segunda componente da legitimidade do uso da força em operações militares, aliás, alma quase gêmea do *jus ad bellum*, traduz-se na verificação na conduta das partes em conflito, das regras do *jus in bello*²⁷. As origens do *jus in bello* confundem-se com a remota Civilização Suméria (2300 aC) nas normas relativas à declaração de guerra e à imunidade dos mensageiros e surgiram pela primeira vez no Código de Hammurabi (1792-1750 aC)²⁸, mas que só vieram a desenvolver-se com significado internacional a partir da segunda metade do século XIX, com os decisivos contributos de Jean-Jacques Rosseau (1712-1778), Francis Lieber (1798-1892), Henry Dunant (1828-1910), Gustave Moynier (1826-1910) e Fedor Fedorovich Martens. Este percurso histórico impõe a menção de referências incontornáveis como o Lieber Code de 1863 no decorrer da Guerra Civil Americana; a primeira Convenção de Genebra de 1864, que veio a lume na sequência da Batalha de Solferino em 1859; o primeiro acordo internacional declarando que o uso de certas armas que agravam desnecessariamente o sofrimento humano é contra as leis da humanidade, isto é, a Declaração de Saint Peterburg²⁹ sobre a renúncia ao uso, em tempo de guerra, de explosivos com um peso superior a 400gr (1868); o Manual de Oxford (1880) sobre as leis e costumes da guerra terrestre preparado por Gustave Moynier e F. F. Martens, e que veio a ser adaptado pelo Instituto do Direito Internacional fundado em 1873; a Guerra Franco-Prussiana de 1870-1871 que esteve na origem da Conferência de Bruxelas de 1874 e onde, pela mão de F.F. Martens, não só se colocou a questão de quem estava abrangido pelas Leis dos Conflitos Armados, como também se estabeleceram os princípios relativos ao tratamento dos prisioneiros de guerra³⁰ e, finalmente, o conflito Russo-Turco de 1877-1878, onde a Rússia aplicou, pela primeira vez, o Draft de Bruxelas de 1874, ainda que este não tivesse, ao momento, valor internacional.

²⁷ Direito do estado de Guerra, Direito da Guerra, Direito Internacional dos Conflitos Armados, Direito Humanitário e Direito Internacional Humanitário e dos Conflitos Armados. No decurso desta investigação, adoptaremos esta última designação uma vez que se considera que o Direito Internacional dos Conflitos Armados (conhecido por Direito de Haia) e o Direito Humanitário (conhecido por Direito de Genebra) são hoje um todo indissociável.

²⁸ Para mais detalhes ver Francisco Leandro, *As Armas das Vítimas*, Instituto da Defesa Nacional, p. 159ss.

²⁹ Com 20 Estados partes.

³⁰ Burgnion, François. *The ICRC and the protection of war victims*. Oxford: Macmillan Publishers, 2003, p. 66.



Podemos identificar o desenvolvimento do moderno Direito Internacional Humanitário e dos Conflitos Armados como aquele que se produziu a partir da Batalha de Solferino de 1859. Assim, a sua evolução até aos dias de hoje fez-se, naquilo que directamente se relaciona com o tema em discussão, apoiada nos seguintes momentos:

1. 1864 – Na sequência da publicação do livro “Uma memória de Solferino (1859)” uma Conferência Internacional constituída por 24 delegados de 16 países, aprovou os 10 artigos que constituíram os termos da I Convenção de Genebra;
2. 1874 – Na sequência da Guerra Franco-Prussiana de 1870-1871 realizou-se a Conferência de Bruxelas. Nesta conferência foi, pela primeira vez, referido que um dos critérios da aplicação das leis da guerra a forças irregulares ou a unidades de voluntários era o facto de terem um comandante responsável pelos seus subordinados³¹;
3. 1899 – Conferência Internacional sobre a Paz³² na qual foi introduzida a Cláusula de Martens³³ e onde evoluiu o estatuto dos combatentes e dos prisioneiros de guerra. Nesta conferência foi também identificada a necessidade de protecção dos civis e identificadas limitações aos meios e métodos de guerra, bem como estabelecidas as bases dos mecanismos de disputa. Nela participaram 27 Estados³⁴;
4. 1899 – Publicação de uma das obras mais vendidas do século XIX, pela Leipzig Publishers, da obra “Lay Down Your Arms”³⁵ de Bertha von Suttner. Esta obra e a sua autora estiveram na génese do nascimento de diversas organizações de paz, tais

³¹ Pustogarov V. V. *Our Martens*, Netherlands: Kluwer Law International. Canada: Simmonds & Hill Publishing Ltd, 1993. p. 110.

³² Da iniciativa do Imperador Russo Nicolau II esta conferência teve dois aspectos que devem ser sublinhados. O primeiro, foi o facto de se realizar em tempo de Paz, ou pelo menos a sua realização não esteve ligada a nenhum evento bélico. O segundo, foi o facto de que o seu objectivo inicial que seria o de conseguir uma limitação nos armamentos ter sido relegado para segundo plano e os resultados obtidos terem sido sobretudo no âmbito na codificação das regras dos conflitos armados e na resolução de conflitos por meios pacíficos. Foram aprovadas as seguintes Convenções: *Pacific Settlement of International Disputes*; *Laws and Customs of War on Land*; *Adaptation to Maritime Warfare of Principles of Geneva Convention of 1864* e a *Convenção sobre Prohibiting Launching of Projectiles and Explosives from Balloons*; bem como, as seguintes declarações: *On the Launching of Projectiles and Explosives from Balloons*; *On the Use of Projectiles the Object of Which is the Diffusion of Asphyxiating or Deleterious Gases* e *On the Use of Bullets Which Expand or Flatten Easily in the Human Body*.

³³ Foi por volta de 1899, a propósito da luta anti-semita que, segundo Brigitte Hamann, o conceito de «humanidade» começou a ser introduzido na linguagem diplomática (Brigitte Hamann - *Bertha von Suttner: A Life for Peace*. Syracuse University Press, 2002, p.131).

³⁴ Com os representantes de 21 Estados Europeus e 6 não europeus – V.V. Pustogarov – *Our Martens*, 2000, p.172.

³⁵ *Die Waffen Nieder*, Leipzig Publishers Pienson, 1889.



como a *Venice Peace Society* (1890) e a *Austrian Peace Society* (1891)³⁶. Bertha von Suttner esteve presente nos Congressos de Paz realizados em 1891, 1892, 1894, em Roma, Berna e Haia, respectivamente, iniciando uma verdadeira cruzada para o estabelecimento do Tribunal Permanente de Arbitragem. Na verdade, o maior sucesso da terceira comissão da Conferência Internacional sobre a paz de 1899 foi a assinatura da Convenção sobre Arbitragem Pacífica de Conflitos Internacionais, que abriu o caminho ao Tribunal Permanente de Arbitragem, com o apoio financeiro de Andrew Carnegie;

5. 1901 – Atribuição do Prémio Nobel da Paz a Frédéric Passy e Henri Dunant;
6. 1906 - Atribuição do Prémio Nobel da Paz a Bertha von Suttner;
7. 1907 – Conferência Internacional sobre a Paz, onde estiveram representadas 41 nações, representou a maior evolução já verificada, uma vez que foi possível aprovar 13 convenções e duas declarações³⁷, das quais dez eram completamente originais. Entre estes documentos, destacamos o anexo à IV Convenção e a X Convenção;
8. 1929 – Conferência Internacional para a revisão da Convenção de Genebra de 1906, onde participaram 47 Estados;
9. 1934 – 15ª Conferência Internacional da Cruz Vermelha onde resultou o Draft de Tóquio, que melhorou a protecção dos civis em tempo de guerra. Este Draft nunca foi submetido à Conferência Internacional planeada para 1940, uma vez que esta não se chegou a realizar;
10. 1949 - Conferência Internacional para a revisão da Convenção de Genebra de 1929 e das Convenções de Haia de 1907, onde participaram 63 Estados;

³⁶ Hamann, Brigitte. *Bertha von Suttner: a life for peace*. Syracuse University Press, 2002, p. 89.

³⁷ I - *The Pacific Settlement of International Disputes*; II - *The Limitation of Employment of Force for Recovery of Contract Debts*; III - *The Opening of Hostilities*; IV - *The Laws and Customs of War on Land*; V - *The Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land*; VI - *The Status of Enemy Merchant Ships at the Outbreak of Hostilities*; VII - *The Conversion of Merchant Ships into War-Ships*; VIII - *The Laying of Automatic Submarine Contact Mines*; IX - *Bombardment by Naval Forces in Time of War*; X - *Adaptation to Maritime War of the Principles of the Geneva Convention*; XI - *Certain Restrictions with Regard to the Exercise of the Right of Capture in Naval War*; XII - *The Creation of an International Prize Court [Not Ratified]*; XIII - *The Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War* e, ainda, as seguintes declarações: *Declaration I - extending Declaration II from the 1899 Conference to other types of aircraft* e a *Declaration II - on the obligatory arbitration*.



11. 1977 – *A Conferência Diplomática realizada entre 1974 e 1977 em Genebra, teve como resultado a aprovação de dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1949;*
12. 1980 – *A partir de 1980 foi aprovada uma série de instrumentos dos quais se destacam: Convenção sobre Certas Armas Convencionais (1980), Convenção sobre Armas Químicas (1993), Protocolo sobre Armas Laser (1995) e a Convenção sobre minas anti-pessoal (1997);*
13. 2002 – *Entrada em vigor do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.*

A distinção entre o jus ad bellum e o jus in bello foi uma importante novidade doutrinária que se manteve válida até ao final do século XIX, uma vez que a evocação da “Raison d’État” constituiu um chão muito fértil à sua sedimentação. O século XX, porém, veio desgastar e, até mesmo, inviabilizar esta distinção entre universos normativos distintos. As razões são várias. Entre elas, identificamos aquelas que mais aproveitam ao tema em estudo. Por um lado, a guerra deixou de ser identificada com uma das liberdades soberanas do Estado Vestfaliano e até a própria designação caiu em desuso, tendo sido substituída pela expressão “conflitos armados”, uma vez esta última abrange todos os conflitos armados e não apenas aqueles cuja classificação clássica do vocábulo “guerra” aproveitava³⁸. Por outro lado, a ordem internacional deixou de reproduzir situações de clara distinção entre guerra e paz e passou a centrar-se em longos períodos de transição ou de crise, onde nem os instrumentos unicamente aplicáveis à paz ou a disposições que vigoram exclusivamente em tempo de guerra, por si só, garantem as respostas necessárias. Para além destes dois factos, desde 1948 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e, mais tarde, em 1966, com os Pactos

³⁸ Ingrid Detter em *The Law of War*, refere-se ao conceito de guerra a páginas 3 e seguintes. A página 18 refere o seguinte: “... guerra é para estes, por definição, uma guerra entre Estados. Entidades que não são Estados podem ver-se envolvidas em guerras tal como em guerra civil e conflitos armados, mas não em guerras propriamente ditas (tradução do autor)”. A página 19 acrescenta: “o Instituto de Direito Internacional considerou que a expressão “conflito armado” tanto pode significar menos que guerra, como pode incluir-se no mesmo significado que guerra propriamente dita, ou ainda considera que “conflito armado” é um conceito ainda mais abrangente que o conceito de guerra (tradução do autor)”. É, precisamente, esta última perspectiva que adoptámos. *The Manual of the Law of Armed Conflicts* (UK Ministry of Defense), publicado pela Oxford University Press em 2004 refere a página 27 o seguinte: “o uso do termo “conflito armado” é preferível ao uso do termo “guerra” porque é mais amplo no seu significado. Este último foi e ainda é, um termo técnico com um determinado significado jurídico (tradução do autor)”.

sobre Direitos Fundamentais, a aplicabilidade paralela/convergente das regras dos Direitos Humanos já afirmada pela jurisprudência e pela doutrina internacional³⁹ veio dissipar essa dualidade exclusiva, até por que a aplicabilidade das regras do *jus in bello* é independente do mérito da causa ou das razões para o início das acções armadas⁴⁰. Finalmente, verificamos que, por vezes, existe uma relação de condicionamento e de complementaridade na interpretação de um ramo em relação ao outro, como refere Carsten Stahn citando o exemplo

³⁹ Uma das primeiras manifestações positivas dessa aproximação foi o Lieber Code de 1863, uma vez que continha vários elementos que claramente pertenciam ao âmbito dos Direitos Humanos, tais como a interdição da prática da violação de mulheres, de escravidão com fins lucrativos, de distinção de cor de pele, em especial no que concerne aos prisioneiros de guerra, de interdição de deportação e de assassinato dos civis. Para além deste Código, outras se seguiram: a Cláusula de Martens e a Declaração Universal dos Direitos do Homem abrem esse caminho de convergência, interditando a tortura, os tratamentos desumanos, degradantes, cruéis e arbitrários; o artigo 3º comum às Convenções de Genebra e em especial a IV Convenção de Genebra reflectem a necessidade de protecção da população civil, designadamente contra a violência, contra a constituição de reféns, tortura, a arbitrariedade, as execuções sumárias e o desaparecimento forçado; o Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra que interdita as represálias contra pessoas e instalações protegidas ou indispensáveis à sobrevivência das populações; o Direito dos Refugiados assegura especial protecção aos estrangeiros; os instrumentos relativos à protecção da mulher e das crianças procuram atenuar a sua situação desfavorável; o Direito do Ambiente que determina garantias comuns a todos os indivíduos; a própria jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça, como é exemplo o Acórdão do caso *Nicarágua vs EUA* e *ICJ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion of 9 July 2004. Rep 136, § 106*; as decisões dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* no caso *Furundžija* e *Celebici* (ICTY); nos estudos do Comité Internacional da Cruz Vermelha; na Conferência de Teerão de 1968; no fundamento das convenções para o uso de certas armas que não distinguem combatentes de não combatentes, como são os casos das minas anti-pessoal e das armas químicas e bacteriológicas, as armas laser, etc. Para além destes exemplos, a Comissão Inter-Americana dos Direitos Humanos no caso *Abella* pronunciou-se no sentido de que a norma do artigo 3º comum às Convenções de Genebra, é essencialmente uma regra de conteúdo que aproveita aos Direitos Humanos; a Assembleia-geral das Nações Unidas na sequência da Conferência Internacional em Teerão em 1968 adoptou a Declaração AG/Res/2444 (1968) onde reconheceu a necessidade do respeito pelos Direitos Humanos, em caso de conflito armado; em 1975, o Departamento de Estado norte-americano concluiu que as violações graves das Convenções de Genebra podem ser entendidas como violações grosseiras dos Direitos Humanos; em 1967, o Conselho de Segurança das Nações Unidas pronunciou-se no sentido de que os Direitos Humanos essenciais devem ser respeitados, mesmo durante os conflitos armados, tendo reafirmado, por via indirecta, esta posição, através da Resolução do Conselho de Segurança nº 1041 (1996), exigindo à Libéria o respeito pela lei humanitária e pelos Direitos Humanos; o mesmo Conselho de Segurança por diversas vezes, referiu a necessidade de respeitar convenções internacionais sobre Direitos Humanos como, por exemplo, a Declaração sobre os Direitos da Criança de 1989; também alguns relatórios do Secretário-Geral das Nações Unidas, em 1985 e 1988, aquando do conflito entre o Iraque e o Irão, referem a liberdade de consciência e de opinião como um direito dos prisioneiros de guerra, uma vez que a tutela destes direitos não incorpora o normativo da III Convenção de Genebra; a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos condenou a violação dos Direitos Humanos, por diversas vezes, no caso dos conflitos do Golfo, do Ruanda e da ex-Jugoslávia, referindo-se objectivamente à Carta das Nações Unidas, à Carta Internacional dos Direitos do Homem e aos princípios do Direito Internacional Humanitário; a mesma comissão pronunciou-se no sentido do respeito pelos Direitos Humanos, com base no artigo 3º comum às Convenções de Genebra, no caso da apreensão de uma aeronave do Comité Internacional da Cruz Vermelha pelo Exército Popular de Libertação do Sudão; também em mandatos do Conselho de Segurança para missões de apoio à paz se referem à protecção dos Direitos do Homem, como foi o caso da *United Nations Observer Group in El Salvador* (ONUSAL) e da *United Nations Verification Mission in Guatemala* (MINUGUA); no caso *Panamá vs EUA*, os americanos suscitaram a questão da incompetência da Comissão Inter-Americana dos Direitos do Homem, uma vez que se tratava de um problema de aplicação da IV Convenção de Genebra, tendo a Comissão declarado a sua competência e afirmado que se tratava de um problema de tutela dos Direitos Humanos dos combatentes. Como referido na nota 22, importa também mencionar o n.º 5 do artigo 60º da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados que retira a possibilidade de extinção ou suspensão da execução de um tratado em consequência de sua violação, sempre que estiver em causa a protecção da pessoa humana contida em tratados de carácter humanitário e especialmente das disposições que proíbem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados.

⁴⁰ ICRC, *International Humanitarian Law, Answers to your Questions*, 2002, p. 14.



da interpretação do n.º 4 do artigo 1º do Protocolo Adicional I⁴¹. Além do mais, esta divisão clássica estava confinada ao racional de limitação das consequências dos conflitos e completamente impreparada para lidar com as questões relativas ao pós conflito ou à transição, como sejam as relações com outros actores e a responsabilidade criminal individual⁴². Estes factos tornaram, a nosso ver, o regime de mútua exclusão de ambos os ramos do direito internacional que vigorou na ordem pós-Vestfália, desadequado aos desafios contemporâneos. Assim, partir do início do século XX, notou-se um movimento de aproximação que aglutinou também a célebre divisão, no seio do *jus in bello*, entre Direito da Haia e Direito de Genebra, razão pelas quais optamos pela designação já apresentada *Direito Internacional Humanitário e dos Conflitos Armados*.

Mesmo considerando que as designações de *jus ad bellum* e *jus in bello*⁴³ são dois aspectos do mesmo universo normativo, torna-se necessário actualizar a moderna leitura do *jus ad bellum*. Na verdade, a prática contemporânea das acções armadas legítimas, exceptuando o caso da legítima defesa, têm subjacente, tal como já afirmamos, os princípios do interesse comum e da progressividade, tendo como finalidade última a consolidação dos valores de humanidade, democracia e autodeterminação. Ora, estas acções, pela sua dimensão colectiva, não requerem um mero alcançar da ausência da violência, mas impõem responsabilidades particulares no que respeita à prevenção, a acção e à responsabilidade de reconstrução⁴⁴. Laurence Hinmam⁴⁵ chama a atenção para o exemplo retirado da Guerra Civil Americana (1861-1865) relativamente ao modo como se comportou o Presidente Lincoln e o General Sherman. Segundo este autor, o General Sherman conduziu as hostilidades de modo a aniquilar o adversário. Todavia, o Presidente Lincoln conduziu a guerra de modo a preparar a reconciliação, procurando demonstrar que na guerra o mais importante é criar

⁴¹ Stahn, Carsten. *Jus ad bellum, jus in bello ... jus post bellum*. *European Journal of International Law*, Vol. 17, nr 5, Nov 2006, p. 925.

⁴² ICTY no caso *Prosecutor vs Tadić* (Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995, § 128-132) declarou que, nos termos do artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949, os crimes cometidos em conflitos não-internacionais são puníveis mas, em nenhuma norma se concretiza tal responsabilidade criminal.

⁴³ Que praticamente não foram utilizadas até ao primeiro quartel do século XX, nem mesmo nas Conferências de Paz de 1899 e 1907.

⁴⁴ AG/Res/ 60/1 (2005 World Summit Outcome) 24 de Outubro de 2005, §138 e §139.

⁴⁵ Hinman, Laurence M. *Ethics: A Pluralistic Approach to Moral Theory*. Third Edition, Toronto, Canada, 2003. p. 374.



condições para estabelecer uma paz duradoura. Ora, esta é, precisamente, a ideia central da terceira dimensão da legitimidade.

Nesta nova perspectiva e, tendo em consideração que legitimidade não é apenas legalidade mas é também, como já referimos, aceitação, importa considerar que “a aceitabilidade de uma intervenção é igualmente medida pelos seus efeitos e implicações após o uso da força”⁴⁶. Líderes conhecedores conduzem a guerra de maneira a maximizar as possibilidades de criarem uma paz duradoura⁴⁷. Para além deste argumento, a aquiniana recta intenção exclui as motivações de vingança e preclui, por exemplo, uma responsabilização criminal dos actos praticados, pelo vencido, durante as operações militares, sem uma equivalente atitude relativamente ao vencedor⁴⁸. Estes argumentos, entre outros, suportam uma nova componente da legitimidade: o *jus post bellum*.

1.3. A legitimidade e o *jus post bellum*

“Three periods must be distinguished with respect to every war: its inception; its prosecution, before victory is gained; and the period after victory”.

Francisco Suarez (1548-1617)

A designação da terceira componente deste todo em que se traduz a legitimidade de exercício das acções militares armadas, que se designa por *jus post bellum* (justiça depois da guerra), constitui a mais recente, a menos estudada e aquela que fornece a razão maior desta investigação. A origem do termo não é nova, mas importa reaprendê-la. Francisco Suarez⁴⁹

⁴⁶ Stahn, Carsten. *Jus ad bellum, jus in bello ... jus post bellum*. *European Journal of International Law*, Vol 17, nr 5, Nov 2006, p. 931.

⁴⁷ Hinman, Lawrence. *Ethics*, Toronto, 2003, p. 261 (tradução do autor).

⁴⁸ Hinman, Lawrence. *Ethics*, Toronto, 2003, p. 260 (tradução do autor).

⁴⁹ Francisco Suarez “On War” - “The Three Theological Virtues,” (*De Triplici Virtute Theologica Disputation XIII: Charitate*) *Disputation XIII*, in: *Selections From Three Works*, ed. G. L. Williams, A. Brown, and J. Waldon, *Classics of International Law*, Vol. 2, ed. James Brown Scott (Oxford, Eng.: Clarendon Press, 1944) a páginas 836 exara a seguinte ideia. Conjuntamente com as considerações sobre o *jus ad bellum*, os princípios de proporcionalidade e discriminação do *jus in bello* são apresentados como uma lista exaustiva das condições para uma guerra justa. Todavia, Francisco Suarez observou um terceiro aspecto



distingue três períodos na sua concepção de guerra justa: o seu início, a sua conduta (antes das vitórias) e o período depois da vitória. Neste último período destaca, em particular, a conservação dos direitos de propriedade e a recuperação do funcionamento do Estado. Hugo Grócio⁵⁰ refere as regras da rendição, a moderação na aquisição da soberania e a boa fé na interpretação dos tratados. Emerich Vattel⁵¹ dedica uma parte da sua obra aos tratados de paz onde traça um conjunto de orientações para o período pós-conflito. Também Immanuel Kant⁵² divide o direito das nações em relação ao estado de guerra em três categorias: o direito de ir para a guerra; o direito durante a guerra e o direito depois da guerra, uma vez que o seu pensamento se estendia para uma paz perpétua⁵³. Mais recentemente, nos anos 70 do século XX, a expressão ganhou notoriedade pela mão de Michael Walzer⁵⁴. Esta componente do *jus post bellum* engloba, segundo Carsten Stahn⁵⁵ as seguintes dimensões: justiça e integração das condições de paz; fim do conceito de castigo pela agressão ou pelo desrespeito pelas regras do sistema da Carta das Nações Unidas; humanização das reparações e sanções; passagem de uma responsabilidade colectiva do Estado a uma responsabilidade individual por actos praticados no decorrer das operações; aproximação ao conceito de reconciliação e justiça integrada e, finalmente, a implementação da ideia de governo centrado nos princípios democráticos. É precisamente no contexto da legitimidade através da responsabilidade individual, que se centra esta investigação, reconhecendo, contudo, como faz António Calçado Trindade⁵⁶, que a responsabilidade internacional do Estado e a responsabilidade criminal individual não são mutuamente exclusivas.

relativamente à avaliação do modo como decorreu o uso da força: “waging of war when justice should be done, and that is when a justly declared and justly fought war is over (*jus post bellum*)”.

⁵⁰ Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, Ch. XV, XIX and XX, *Classics of International Law*, (Kelsey Translation).

⁵¹ *Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, 1758, Capítulo II, Livro IV.

⁵² *The Science of Right*, 1796.

⁵³ Kant em *a Paz Perpétua* publicada em 1795 - Artigo 6º preliminar: “Nenhum Estado em guerra com um outro deve permitir hostilidades que tenham de tornar impossível a confiança recíproca na paz futura; como tais são: emprego de assassinos, envenenadores, quebra da capitulação, instigação à traição no Estado com que se guerreia, etc.” Disponível on line <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fale/ojs/index.php/faced/article/viewFile/407/304>. [Em linha]. [Acesso em 3 de Outubro de 2008].

⁵⁴ *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*. Harper Collins Publishers, New York, NY, 1977 and 1992.

⁵⁵ *Jus ad bellum, jus in bello ... jus post bellum*. *European Journal of International Law*, Vol 17, nr 5, Nov 2006, p. 938ss.

⁵⁶ *International Responsibility Today - Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, 2005, p. 258.

1.4. Do Código de Hammurabi aos Tribunais ad hoc para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda

“The laying a country desolate, with fire and sword, declaring war against the natural rights of all mankind, and patting the defenders therefore from the face of heart, is the concern of every man...”

Thomas Paine (1737-1809)⁵⁷

Destas dimensões da terceira componente, abordaremos apenas a responsabilidade criminal individual por actos praticados no decorrer das operações. Esta dimensão, embora tenha conquistado centralidade internacional com os julgamentos ocorridos nos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberga e do Oriente Longínquo em Tóquio (1945-1949), não só não é uma problemática recente, como também só veio a conhecer uma efectiva internacionalização com a criação dos Tribunais ad hoc para a ex-Jugoslávia (1993) e para o Ruanda (1994) e com aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional em 1998, pese embora os inúmeros episódios nacionais registados pela História da justiça militar. Uma das primeiras referências doutrinárias positivas sobre a temática da responsabilidade dos superiores hierárquicos surgiu em 1874, no Draft de Bruxelas, quando ao se tentar identificar os critérios de aplicabilidade das leis da guerra, se inovou, pela mão de F. F. Martens⁵⁸, ao assumir que os “partisans” ou destacamentos de voluntários também (para além das forças regulares) eram sujeitos, como já referimos, a um conjunto de direitos e obrigações, desde que: tivessem no comando uma pessoa responsável pelos seus subordinados, tivessem uma marca distintiva, empunhassem abertamente armas e agissem de acordo com as leis e costumes da guerra. Vejamos pois, em concreto e em retrospectiva, o que é que está por detrás da ideia de responsabilidade dos superiores pelos seus subordinados como um contributo para a esta terceira dimensão da legitimidade em acções militares armadas.

⁵⁷ Common Sense, 1776.

⁵⁸ Pustogarov V. V. Our Martens - Our Martens. Netherlands: Kluwer Law International. Canada: Simmonds & Hill Publishing Ltd, 1993. p. 110.



O conceito de responsabilidade do superior hierárquico foi referenciado desde muito cedo, mas as suas consequências mais evidentes surgiram apenas no rescaldo do segundo conflito militar global da História. A ideia de que os actos perpetrados por militares ou civis, durante o decurso de operações militares quando estes agentes estão investidos de uma autoridade de comando têm de ser avaliados e, em certos casos, deve-lhes ser atribuída uma responsabilidade definida e concreta, está por detrás do problema.

Aparentemente, como refere Ivo Josipović⁵⁹, apesar de alguns fragmentos da História Universal, sobretudo na antiguidade e na Idade Média poderem, aparentemente, transmitir a ideia de que a vitória militar implicaria, quase automaticamente, o direito de matar, violar, saquear e de uma maneira geral, cometer todo o tipo de atrocidades, tais fragmentos não podem ser tidos como regra absoluta no processo de construção das leis dos conflitos armados (tradução do autor). A narrativa histórica cria também, por vezes, um ambiente de heroicidade e de extraordinárias realizações, como poderá ser o exemplo da destruição de Cartago pelos Romanos (após a Terceira Guerra Púnica 146 aC). Todavia, esta não é uma ideia absolutamente verdadeira. Uma das primeiras, senão a primeira manifestação escrita do «responsabilidade do superior» está ligada à civilização suméria e ao Código do Rei Hammurabi^{60 e 61}. Este Código constituiu o mais importante documento jurídico do próximo Oriente até às leis bíblicas. Uma das normas, o artigo 116º, atribui responsabilidades ao chefe do prisioneiro, caso este morra na prisão⁶². Confundindo-se com as origens do Direito Internacional Humanitário e dos Conflitos Armados, a problemática da responsabilidade dos chefes militares foi também abordada pelos clássicos: os filósofos gregos e romanos tais como

⁵⁹ Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments, University of Zagreb, 2005, p. 3.

⁶⁰ As datas divergem entre os vários autores, alguns dos quais citam, por exemplo, 1792-1750 aC. Todavia, situou-se certamente entre os séculos XVIII e XVII aC. Sexto Rei da Cidade-Estado Babilónia que dominou a Mesopotâmia, e que para além dos seus atributos bélicos de conquistador, implementou um conjunto de medidas administrativas destinadas a promover a ordem pública. Entre essas medidas, conta-se o Código de Hammurabi, com os seus 282 artigos gravados na pedra em escrita cuneiforme (o qual se encontra no Museu do Louvre em Paris) e que, para muitos historiadores, foi o primeiro Código da História da Humanidade. Nesse instrumento, ainda que tocado por uma lógica de Talião, foram promulgadas medidas de protecção dos fracos e de tratamento dos reféns.

⁶¹ Ivo Josipović - Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments, University of Zagreb, 2005, p. 4 refere as seguintes datas 1728-1686 aC.

⁶² Tradução de L.W. King (1910), editada por Richard Hooker, 1996.



Platão, Aristóteles e Cícero⁶³, mas também Sun Tzu (500 aC), Hugo Grócio e Francis Lieber lhe dedicaram uma considerável atenção.

Em a «Arte da Guerra», Sun Tzu alude a esta problemática chamando a atenção para a necessidade do comandante militar dominar os problemas do comando sem partilhar o exercício de responsabilidades⁶⁴, bem como o dever de emitir ordens positivas, isto é, indicando como proceder de modo a evitar infracções⁶⁵. Sun Tzu refere claramente que: “quando as tropas fogem, se mostram insubordinadas, desorientadas, desordenadas ou arrebanhadas, a culpa cabe ao general. Nenhuma causa natural o provoca⁶⁶” reconhecendo, deste modo, uma espécie de «dever de controlo» a que os comandantes militares estão obrigados.

Talvez um dos primeiros julgamentos de que há registo literário onde se tenha apreciado o mérito de uma causa próxima da responsabilidade dos chefes militares tenha tido lugar no ano de 405 aC, quando os espartanos comandados por Lisandro, após derrotarem os atenienses, organizaram um “julgamento” dos militares capturados porque, segundo eles, os atenienses tinham castigado os soldados espartanos capturados cortando-lhes os braços e atirando-os ao mar. Nesse julgamento todos os atenienses foram condenados à morte, excepto um deles, uma vez que se provou que se tinha oposto à mutilação dos espartanos.⁶⁷

Encontramos também traços de questões de natureza humanitária na civilização Índia, no Código de Manu (200 aC), onde especificamente, segundo Ivo Josipović⁶⁸, se refere a necessidade de tutela dessas normas através de um órgão judiciário. No Ocidente cristianizado existiram também tais preocupações que remontam ao fim do século VI aC pela mão do Imperador Maurício (Strategica) e numa compilação *Ex Ruffo Leges Militares* na qual se proíbem determinados comportamentos e se prescrevem as respectivas penas para os

⁶³ M. Cherif Bassiouni. *Crimes against Humanity in International Law*. 2nd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 52-65, expressa-se no sentido de que os trabalhos destes filósofos devam ser considerados um ponto de partida e as bases do Direito Internacional Humanitário, a par com outros tais como Thomas Aquinas, Grotius, Helvetius, Beccaria, Pufendorf, Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Hobbes, Locke, Bentham entre outros.

⁶⁴ Tzu, Sun, *A Arte da Guerra*. Livros de Bolso Europa América, n.º 367, p. 65.

⁶⁵ Tzu, Sun, *A Arte da Guerra*. Livros de Bolso Europa América, n.º 367, p. 101.

⁶⁶ Tzu, Sun, *A Arte da Guerra*. Livros de Bolso Europa América, n.º 367, p. 103.

⁶⁷ Ivo Josipović - *Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments*, University of Zagreb, 2005, p. 4.

⁶⁸ *Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments*, University of Zagreb, 2005, p. 4.



incumprimentos, com especial ênfase para a questão da obrigação da obediência hierárquica. Algumas normas incluíam mesmo o cortar do nariz, o pagamento dos estragos causados, indemnizações por violação de mulheres, desmobilização do exército e a morte nos casos de traição e desobediência. Um exemplo de pena aplicada neste contexto é, uma vez mais fornecida por Ivo Josipović⁶⁹, referindo-se ao caso do Cônsul Romano Manlius Toraquatus cujo filho foi executado por, contrariando uma ordem, ter assassinado um comandante inimigo prisioneiro.

Também a tradição islâmica e o Profeta Mohammed em 621, se debruçaram sobre a necessidade de evitar a todo o custo actos de crueldade, dando particular destaque ao papel do comandante na implementação das regras dos conflitos armados. Em 632, o primeiro *kālif*a Abu Bakr estabeleceu alguns comportamentos a evitar tais como o assassinato de mulheres, pessoas idosas e crianças e ainda a destruição de palmeiras, casas, árvores de fruto e searas, mas não há registo do modo como se processou a aplicabilidade destas regras.

Também os princípios da cristandade, reflectidos nas teorias de Santo Agostinho em particular sobre a guerra justa e que foram retomados mais tarde por São Tomás de Aquino, incluíam a protecção de algumas categorias de pessoas, como as mulheres, os idosos, as crianças e ainda o respeito pelos lugares sagrados, respeito esse que esteve na origem remota do moderno direito de asilo. Também podemos encontrar no Japão princípios similares no “Bushido” – o código medieval samurai.

Todavia, aquilo que podemos observar com alguma certeza baseada nos factos é que este período (que Ivo Josipović considera terminar por volta do século XIII⁷⁰) e que nós consideraremos desde o Código de Hammurabi também até ao final do século XIII, existiram apenas algumas manifestações de regulamentação moral e, nalguns casos, regulamentação jurídica, manifestações essas que não constituem hoje mais que rudimentos do conceito de responsabilidade geral por violações dessas normas, conceito esse ainda sem uma perspectiva “internacional” e sem uma referência directa à problemática da responsabilidade do chefe.

⁶⁹ Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments, University of Zagreb, 2005, p. 5.

⁷⁰ Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments, University of Zagreb, 2005, p. 5.



A partir do século XIII a história regista alguns julgamentos por crimes cometidos na perspectiva de violações das leis da guerra. Em 1268, Conradin von Hohenstafen foi condenado à morte⁷¹ e executado em Nápoles pelos seus actos desconformes com os princípios da guerra justa. O Estatuto de Westminster de 1279 tinha por meta o castigo dos militares, de acordo com as leis e os costumes da guerra. Em 1305, o escocês Sir William Wallace foi acusado num tribunal de Inglaterra por crueldade e assassinato de civis durante a guerra. Em 1439, Carlos VII em França impôs a primeira “Ordinance of Orléans”, que atribuiu responsabilidade a todos os comandantes pelos actos ilegais dos seus subordinados, sem contudo indicar qual o nível de conhecimento do superior.⁷² Estes exemplos de julgamentos e de legislação nacional, confirmam a incorporação de princípios de humanidade nos ordenamentos jurídicos locais.

Mas o primeiro acto de reconhecimento internacional das responsabilidades dos comandantes talvez tenha sido o julgamento o cavaleiro Peter von Hagenbach, por um tribunal *ad hoc* em 1474. Von Hagenbach fora nomeado governador da cidade de Breisach, ocupada pelo Duque da Borgonha⁷³, que se situava numa região que hoje pertence à Alemanha⁷⁴. As instruções que recebeu do Duque da Borgonha foram no sentido de manter a ordem pública, expressão que foi interpretada e executada com uma zelosa selvajaria. Os soldados de Hagenbach, entre outros actos, cometeram assassinatos, violações, recolheram taxas ilegais, confiscaram bens, aterrorizaram e subjugararam as populações. Peter von Hagenbach foi derrotado por uma coligação entre a Áustria, Berna, França e algumas cidades do Reno Superior. O novo soberano da cidade de Breisach foi então confrontado com o problema da responsabilidade do comandante militar ao serviço do Duque de Borgonha. Para resolver esta questão, convocou um «tribunal internacional» constituído por 28 juízes, a

⁷¹ Timothy L.H. Mc Cormack; Gerry J. Simpson – *The law of war crimes national and international approaches*, Kluwer Law International, The Hague, p 37ss.

⁷² As reformas militares de Carlos VII deram origem à “Great Ordinance of Orléans” em 1439 e 1445. Esta última criou as “Companies of Ordinance” (que eram unidades da cavalaria), bem como a “Franc Archers” (que eram unidades de arqueiros).

⁷³ Conhecido por Carlos “O Corajoso” pelos seus amigos e por Carlos “Temerário” pela História uma vez que desejava anexar a cidade ao Ducado de Burgundy pela força (hoje em dia corresponde à região administrativa francesa de Bourgogne que corresponde, de grosso modo, ao Ducado da Borgonha). O Ducado da Borgonha foi um dos Estados mais importantes da Europa medieval, independente entre 880 e 1482. Não deve ser confundido com o condado da Borgonha, outro território da França.

⁷⁴ A cidade de Breisach situa-se hoje no Sul da Alemanha.

partir dos contributos dos membros da coligação que participaram no cerco à cidade. Von Hagenbach foi acusado de violação das “Leis de Deus e dos Homens”, designadamente por ter permitido que tivessem lugar os assassinatos, as violações, a imposição de taxas ilegais e a confiscação de bens, entre outros “malefacta” - actos que, como cavaleiro, tinha o dever de impedir.⁷⁵ Hagenbach foi condenado por crimes que, como cavaleiro tinha o dever de impedir e evitar e, após ter sido destituído do seu título foi executado. Como bem esclarece William H Parks (1973, p. 5) apesar de se ter tratado de um «tribunal internacional», teoricamente não se tratou de julgar actos tipificados como crimes de guerra porque, ao tempo, não existia estado de guerra declarado, facto que só ocorreu mais tarde quando, em 1476, a fama dos guerreiros suíços se espalhou pela Europa ao esmagarem o exército do Duque da Borgonha na Batalha de Morat. Ivo Josipović refere também a este propósito o seguinte: “este julgamento dificilmente pode ser qualificado como o julgamento de um crime de guerra, por um tribunal internacional (tradução do autor)”⁷⁶. Uma vez mais o que é importante referir é que muitos Estados introduziram restrições no modo de conduzir a guerra e ainda mais importante, durante os séculos XVI e XVII essas restrições foram acompanhadas por penas a atribuir em caso de violação das leis da guerra. Os casos mais conhecidos são os Regulamentos Holandeses e Suecos sobre a guerra de 1590 e os Regulamentos Ingleses de 1639. Além destes, refira-se também o facto de em 1621 Gustavo Adolfo da Suécia, ter promulgado “the articles of Military Lawwes to be observed in Warres”. Neste documento, o artigo 46º prescrevia o seguinte: “Nem Coronel, nem Capitão conduzirá os seus subordinados ao exercício de actos ilegais. Se tal acontecer, será submetido à convicção dos magistrados”. Também em 1689 após o insucesso do cerco a Londonderry⁷⁷, County Rosen foi destituído dos seus deveres militares por James II, não por ter falhado a sua missão, mas pelos ultrajantes métodos que aplicou nas operações de cerco, designadamente a morte de civis inocentes.

Devem, em particular, salientar-se que ao nível doutrinário, os séculos XVII e XVIII representaram uma verdadeira revolução, pela mão de Hugo Grócio e Jean Jaques Rosseau, o

⁷⁵ William Parks, ‘Command Responsibility for War Crimes’ (1973) 62, *Military Law Review* nr 1 at 5.

⁷⁶ Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments, University of Zagreb, 2005, p. 6.

⁷⁷ Cerco de Londonderry na Irlanda do Norte 1689 pelas forças de James II.

primeiro com a sua obra *De Jure Belli ac Pace*» (1625) e o segundo com “*Le Contrat Social*” (1772). Na obra «*De Jure Belli ac Pace*» (livro III), Hugo Grócio, para além da questão da do estudo da Guerra Justa onde separou o *jus in bello* do *jus ad bellum*, referiu-se também ao problema em apreço do seguinte modo: “*A community or its rulers may be held responsible for the crime of a subject if they knew of it and did not prevent it when they could and should prevent it*”⁷⁸, ou seja, é aceitável o princípio segundo o qual é criminalmente responsável aquele que, sabendo do crime, está em condições de o evitar e nada faz. Por outro lado, Jean-Jaques Rousseau deixou um importantíssimo contributo ao claramente afirmar que é legítimo esmagar o inimigo durante um combate, mas, depois de terminado o combate, qualquer destruição ou assassinato representam violações inaceitáveis dos princípios de humanidade.

Nesta altura, registou-se um outro facto importante que foi o surgir de acordos bilaterais como o de 1679 entre a Liga dos Habsburgos⁷⁹ e as forças francesas relativamente à protecção dos hospitais e dos feridos. Um outro acordo similar data de 1759 entre a França e o Reino Unido, mencionava detalhadamente a protecção dos hospitais, do pessoal médico e dos pacientes. Embora nenhum destes acordos mencionasse questões de responsabilidade, eles representaram um importante passo no sentido da sua conceptualização.

Em Abril de 1775, no raiar da Revolução Americana, o Congresso Provisório de Massachusetts Bay aprovou os designados «*Massachusetts Articles of War*». A norma 11^a deste instrumento jurídico exarava o seguinte (tradução e adaptação do autor): “*Todos os oficiais investidos de comando, quer se encontrem aquartelados ou em manobras, devem manter a boa ordem e (...) agir responsabilizando todos os actos de maus-tratos sobre todas as pessoas (...) A recusa em conhecer dos factos e aplicar justiça responsabilizará os próprios oficiais investidos do comando, como se de actos da sua própria autoria se tratassem*”. As diferentes versões de 1775 (artigo XII), 1776 (secção IX) e 1806 do *American Articles of War* impuseram aos comandantes militares, através de textos jurídicos mais ou menos elaborados, a mesma ideia de responsabilidade de controlo dos seus subordinados. Em 1779, também se

⁷⁸ Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, Bk. II, Ch. XXI, Sec. II, *Classics of International Law*, (Kelsey Translation, 1925).

⁷⁹ A liga dos Habsburgos foi uma aliança defensiva formada em 1686 pelo Imperador Leopoldo I da Áustria com vários Estados Alemães incluindo a Baviera e o Palatinado e ainda com a Suécia e a Espanha no sentido de conter a expansão francesa.



colocou o problema da responsabilidade dos chefes militares, designadamente na acusação do Vice-Governador Britânico Henry Hamilton⁸⁰ Em 1775, Hamilton foi nomeado Governador e superintendente dos assuntos índios em Fort Detroit. Sob o seu comando tinha relativamente poucas tropas regulares, um considerável contingente de nativos da região, isto é canadianos franceses e ainda índios americanos, todos eles muito longe de se poderem considerar apoiantes da coroa britânica. Hamilton estabeleceu um clima e uma política de muito boas relações com os índios. Todavia, em 1777, recebeu instruções para encorajar os ataques dos índios sobre os territórios da Virgínia e da Pennsylvania. Hamilton, consciente do custo em vidas humanas desta nova política, decidiu tentar limitar as baixas civis através do envio de oficiais britânicos e de elementos franco-canadianos para acompanharem as operações. Mesmo assim, os resultados de tais campanhas fizeram com que se tornasse odiado pelos americanos que o apelidaram de "Hair-buyer General". Em 1779, foi feito prisioneiro pelas forças americanas e, devido ao apoio prestado às forças índias, os habitantes da Virgínia tomaram-no com um criminoso de guerra. Em 1781, foi negociada a sua troca através de um acordo diplomático, tendo regressado a Londres. O problema da sua responsabilidade, enquanto chefe militar conhecedor dos resultados dos actos que foram executados pelas forças índias e que conduziram ao assassinato de civis não combatentes, foi abordado nos seguintes termos: "É de sublinhar que a linguagem da acusação foi no sentido de que os actos dos índios foram actos de Hamilton (tradução do autor)"⁸¹.

Também Napoleão I (1789-1821) sintetizou a responsabilidade de comando na sua célebre máxima "não há maus regimentos, há apenas maus coronéis"⁸². Na guerra de 1812⁸³, soldados americanos incendiaram desnecessariamente alguns edifícios junto ao seu

⁸⁰ Nasceu em 1734 (?) em Dublin, na Irlanda. O seu pai, Henry Hamilton, era membro do Parlamento Inglês. Prestou serviço no Regiment of Foot do Exército Britânico. Durante as campanhas contra as tropas francesas e contra os índios (1754–1760), ganhou notabilidade, especialmente pela sua acção nas Batalhas de Louisburg e Quebec. Em 1775, tornou-se Governador de Detroit. Em 1779, foi feito prisioneiro pelas tropas da Virgínia sob o comando do General Clark, tendo sido libertado em 1781. Foi Governador do Quebec, da Bermuda e de Dominica. Morreu em 1796. Hamilton foi acusado de pagar aos nativos americanos (índios) para atacar as colónias americanas, de modo a complementar as acções armadas das tropas britânicas.

⁸¹ No original pode ler-se o seguinte: "It is noteworthy that the language of the indictment held that the acts of the Indians were the acts of Hamilton. He was considered personally liable for the acts of subordinates". George L. Coll, *War Crimes in the American Revolution*, 82 Mil. L. Rev. 171, 197 (1978).

⁸² Robert Debs Heintz, Jr. *Dictionary of Military and Naval Quotations*, United States Naval Institute, 1966, p. 56.

⁸³ A Guerra de 1812 foi travada entre os Estados Unidos da América e o Império Britânico, muito em particular entre o Reino Unido e as suas colónias na América do Norte (Ontário, Québec, Nova Scotia, Newfoundland e Bermuda). Este conflito durou de 1812 até 1815, apesar do Tratado de Paz ter sido assinado em 1814.



estacionamento, na localidade de St. David's, no Canadá. O seu comandante foi imediatamente retirado do comando. Outro comandante americano, devido a acontecimentos semelhantes que tiveram lugar num local designado por «Long Point», também no Canadá, nesse mesmo ano, foi levado a tribunal. Em 1918, dois cidadãos britânicos foram condenados à morte por um tribunal militar americano, por terem incitado os índios a desencadearem raids sobre as populações americanas. Neste caso, os protestos britânicos sobre a falta de jurisdição sobre tais cidadãos foram respondidos pelo governo americano com o seguinte argumento: “estes cidadãos não foram julgados pelas leis americanas, mas pelo direito internacional (law of nations no original)”⁸⁴. Num outro incidente durante a Black Hawk War de 1832, o Capitão Lincoln foi condenado a carregar durante dois dias uma espada de madeira por ter falhado no controlo dos seus subordinados, ao permitir que forçassem a portado armazém de whisky, tendo partilhado em seguida o seu conteúdo. A história registou ainda um outro incidente em Março de 1836, durante o cerco ao emblemático Forte Álamo (localizado no Norte do México), quando o General Santa Ana do Exército Mexicano, no final do assalto ao Forte, mandou executar o lendário David Crockett, tal como escreveu durante o seu cativeiro, o Tenente-Coronel De La Peña, também do Exército Mexicano. De La Peña relatou este facto, não para desvalorizar a imagem do herói que luta até morrer como se chegou a pensar durante muito tempo, que fora o caso de David Crockett, mas menciona-o na sua escrita para mostrar o seu desacordo com os métodos utilizados pelo seu superior hierárquico. Também nas campanhas americanas no México (1846-1848), o General Scott estabeleceu regulamentos no sentido de determinar a responsabilidade por violações das leis da guerra e organizou comissões militares no sentido de responsabilizar os agentes de tais violações. Uma sentença, datada de 1851 do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, responsabilizou o Coronel David D. Mitchell por actos ilegais⁸⁵ durante a campanha de Kearney, onde este coronel executou e transmitiu ordens ilegais aos seus subordinados. Na verdade, o tema da defesa contra ordens (ilegais) provenientes de superiores voltaria a ser um

⁸⁴ Ivo Josipović - Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments, University of Zagreb, 2005, p.11.

⁸⁵ Mitchell vs Harmony, 54 U.S. Actos de apreensão de bens não justificados pela necessidade militar. William H. Parks - Command Responsibility for War Crimes. Military Law Review, Vol 62 (Fall 1973), p. 6.



tema muito discutido, quase um século mais tarde, no final da II Guerra Mundial, durante o caso do Alto Comando (*High Command*) e do caso dos Reféns (*Hostages*).

Francis Lieber, durante a Guerra Civil Americana, em 1863, nas suas «Instruções para o Governo dos Exércitos dos Estados Unidos em Campanha»⁸⁶ logo no artigo 11º referia que as ofensas ao Direito da Guerra deveriam ser severamente castigadas, em especial se perpetradas por oficiais. Mais à frente, no artigo 44º do mesmo documento, referia que, para certos tipos de crimes, a desobediência ou a omissão relativa a uma ordem superior, poderia originar a aplicação imediata da pena de morte. Finalmente, o artigo 71º atribuía uma responsabilidade criminal aos comandantes que ordenem ou encorajem os seus subordinados a ferir ou matar um militar inimigo, colocado voluntariamente fora de combate. Dois anos mais tarde, em 1865, o Capitão Henry Wirz, um médico suíço ao serviço do Exército Confederado e comandante do campo de prisioneiros de guerra em Andersonville, na Geórgia, foi condenado por uma comissão militar e enforcado, por violação do Lieber Code, uma vez que ordenou e permitiu a tortura, maus-tratamentos e a morte de prisioneiros da União à sua responsabilidade. Também, em 1873, no decorrer das hostilidades na Carolina do Norte, foram enforcados seis índios Modoc e o seu chefe o Capitão Jack. O Capitão Jack ordenou o abate do Brigadeiro-general Canby e do padre E. Thomas que o acompanhava para uma trégua, ambos protegidos pela “bandeira branca da trégua ou da verdade”.

Em 22 de Junho de 1874, uma repromulgação dos *American Articles of War*⁸⁷, sintetizou no artigo 54º as ideias atinentes à responsabilidade de comando. Em 1886, Winthrop detalhou a interpretação dessa norma, relacionando-a com as obrigações dos comandantes militares decorrentes das leis da guerra. Fez-lo nos seguintes termos (tradução do autor): “A observância das regras de protecção dos não combatentes deve ser especialmente colocada em prática pelos comandantes militares que ocupem ou passem por aldeias ou vilas

⁸⁶ General Orders nº. 100, “Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field” (conhecido como “The Lieber Code”). O nome Lieber Code deriva do nome do seu autor, o Professor Francis Lieber da Universidade de Columbia. Este Código serviu de referência para muitos outros projectos jurídicos semelhantes, designadamente o holandês de 1871, o francês de 1877, o sérvio de 1879, o espanhol de 1882, o português de 1890 e o italiano de 1896.

⁸⁷ Um Código de Justiça Militar aprovado pelo “Continental Congress” em 1775, no alvor da Guerra Revolucionária, com o objectivo de disciplinar e aplicar a justiça. Este código foi escrito por John Adams, simultaneamente com o “Rules for the Regulation of the Navy of the United Colonies” e ambos foram baseados nos Códigos da Marinha Real Britânica e do Exército Britânico. Depois de diversas revisões foi substituído, em 1950, pelo Uniform Code of Military Justice.



situadas do lado inimigo (...) todos os oficiais e soldados que violem estas regras, são responsáveis, podendo incorrer nas mais pesadas penas (...)."

A história do Direito dos Conflitos Armados regista muitos outros casos mas a referência que aqui fazemos deseja ser apenas ilustrativa. Esta ilustração tem por objectivo identificar o legado histórico, em que, para além do problema da responsabilização pelas violações da lei humanitária plasmada em documentos jurídicos nacionais e da existência de alguns de acordos bilaterais no sentido de uma mais adequada implementação dessas mesmas normas, surge um outro aprofundamento muito importante para o nosso estudo, isto é, a conceptualização e aprofundamento da responsabilidade de alguém, que, ocupando uma determinada posição ou tendo um especial dever, conhece os factos violadores da lei não intervém para os impedir. O início do século XIX e o decorrer do século XX irão marcar uma outra etapa neste trajecto histórico. Vejamos, pois, com algum cuidado, os desenvolvimentos neste período.

Estes dois séculos, refere Ivo Josipović⁸⁸, podem ser caracterizados por dois processos. O primeiro diz respeito à criação das primeiras convenções internacionais multilaterais relativas à condução da guerra, ao uso de certas armas e à redução do sofrimento dos intervenientes. O segundo diz respeito à definição de um verdadeiro jus ad bellum, ao desenvolvimento da responsabilidade de comando e ao aumento do número de julgamentos nacionais, em especial dos comandantes das unidades militares autoras de certos actos. Quanto a nós, gostaríamos ainda de destacar o monumental esforço da comunidade internacional em estabelecer um tribunal internacional permanente, evitando a todo o custo uma justiça de vencedores.

Podemos, deste modo, afirmar que, gradualmente, a comunidade internacional foi assistindo a sucessivas iniciativas para colocar um travão na impunidade que certos actos, pareciam granjear, sempre que eram praticados sob as labaredas de um conflito armado, pelos detentores de uma autoridade outorgada do tipo militar. As bases dessa responsabilização pareciam residir em torno dos seguintes elementos: conhecimento dos factos e no dever de controlo dos subordinados, pelos titulares do comando.

⁸⁸ Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments, University of Zagreb, 2005, p. 7.



Com o passar do século XX e com novos e diferentes conflitos entre Estados a proliferarem, começou a colocar-se a questão da responsabilização de chefes e comandantes militares pertencentes a diferentes Estados soberanos beligerantes. Em 1901, o envolvimento militar dos EUA nas Filipinas trouxe consigo duas ordens de execução que haveriam de ficar na História do Direito Internacional Penal. A primeira, a Ordem n.º 221, de 17 de Agosto de 1901, do Quartel-General Americano nas Filipinas, condenou à morte o 1º Tenente Natálio Valência, por ter ordenado a execução de um não-combatente; a segunda, a Ordem n.º 264 de 9 de Setembro de 1901, do mesmo Quartel-General, ditou a execução de Pedro A. Cruz, identificado como líder das guerrilhas, em consequência da sua responsabilidade na não protecção da vida de dois prisioneiros americanos sob a sua custódia. Ambas foram usadas, mais tarde, aquando do julgamento do General Tomoyuki Yamashita, em 1945, para reconhecer a existência de um “dever afirmativo” do comandante (tradução do autor) “em tomar todas as medidas apropriadas, nos termos e limites dos seus poderes e capacidades, de acordo com as circunstâncias, para proteger os prisioneiros de guerra e a população não-combatentes”.

Em Abril do ano seguinte, em 1902, o Brigadeiro-General Jacob H Smith, do Exército dos EUA, foi julgado e condenado por ter incitado, permitido e ordenado que os seus subordinados cometessem crimes de guerra durante as operações de contra-insurreição na Ilha de Samar, nas Filipinas. Esta sentença foi confirmada pelo Presidente Theodore Roosevelt que a certa altura afirmou (tradução do autor): “ (...) os oficiais nas funções de comando têm que ser particularmente cuidadosos na sua conduta, mantendo uma constante vigilância sobre os actos dos seus subordinados (...)”. Nesse mesmo ano foram aplicadas sanções administrativas por violação das leis da guerra a um outro conjunto de militares norte americanos.⁸⁹

A 18 de Outubro de 1907, a segunda Conferência de Paz realizada em Haia, trouxe à luz do dia 14 importantes documentos como já referimos. Para além da Cláusula de Martens já introduzida em 1899 e novamente reafirmada em 1907, destacamos a IV Convenção, onde

⁸⁹ Josipović - *Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments*, University of Zagreb, 2005, p.11.



o n.º 1 do artigo 1º do seu anexo estabeleceu as condições às quais uma força armada deve obedecer para ser reconhecida como um beligerante perante a lei internacional, isto é, “deve ser comandada por uma pessoa responsável pelos seus subordinados”. O artigo 43º do mesmo documento jurídico e o artigo 19º da X Convenção vão no mesmo sentido, colocando o ónus da responsabilidade dos actos dos subordinados na figura do seu comandante. Este reconhecimento de 1907 tem, a nosso ver, duas importantes decorrências. A primeira é a de que a existência da figura do comandante militar é, ela própria, um requisito de legalidade da própria força armada, no sentido da adequação dos seus actos perante a lei internacional. Isto é, de outro modo, uma força não comandada (no sentido restrito do termo), não é neste sentido jurídico, uma verdadeira força militar regular, titular de direitos e obrigações no decorrer de uma operação militar. Na verdade, perante a lei internacional, uma força militar só pode actuar, reconhecidamente enquanto tal, qualificando os seus membros como combatentes regulares, se estiver devidamente comandada. Tal não significa que não relativamente a outros grupos armados como por exemplo paramilitares, rebeldes, terroristas, empresas militares privadas e empresas de segurança, e também nos casos dos designados combatentes anómalos⁹⁰ e dos combatentes excepcionais⁹¹, não se coloquem problemas de responsabilidade de comando. Voltaremos a esta questão no Capítulo 5, aquando da análise do problema da hierarquia como elemento funcional da responsabilidade de comando.

A segunda, é o facto de que, como se depreende da letra do artigo 43º do anexo à quarta Convenção, o titular do comando tem certas obrigações, obrigações essas que requerem uma determinada actuação, quer por si próprio, quer ainda através dos seus subordinados. Em

⁹⁰ Combatentes Anómalos - População civil “hors de combat/levée en masse” nos termos da I & II CG, artigo 13º, n.º 6 e da III CG, artigo 4º, n.º 6: também designados por combatentes circunstanciais, são pessoas que fazem parte da população civil de um território não ocupado que, face à ameaça de um inimigo, pegam espontaneamente em armas, sem qualquer organização militar, transportando armas à vista e respeitando as leis e costumes da guerra. Pessoas civis que embora não façam parte dos exércitos regulares são combatentes. Em caso de captura gozam do Estatuto de POW.

⁹¹ Combatentes excepcionais ou privilegiados (Guerrilheiros Partizans & Insurgentes) nos termos do PA I, nº 3 do artigo 44º: guerrilheiro é, um combatente civil, sem qualquer distintivo militar, que usa abertamente as suas armas dentro de uma guerrilha, comandado por um chefe (não necessariamente através de um comando centralizado), mais ou menos apoiado pela população civil, utilizando técnicas de guerrilha (combates intermitentes caracterizados por acções pontuais e limitadas no tempo e no espaço) sobre um inimigo presente no seu território. Kenneth Watkin em “Humans in the cross-hairs: targeting and assassination in contemporary conflicts” p. 161 considera que: “os insurgentes não são combatentes porque não combatem sob as ordens de uma autoridade legítima”.



1920, o *Manual dos Fuzileiros Norte Americanos*⁹² estatuiu o seguinte (tradução do autor): “(...) os oficiais, em especial aqueles que exercem funções de comando, são responsáveis pela preparação física e moral, pelo bem-estar mental, bem como pela disciplina e pelo treino militar de todos os jovens sobre o seu comando (...)”.

Embora já tivesse havido lugar a uma tentativa de responsabilização dos crimes perpetrados nas Guerras Balcânicas de 1912-1913⁹³ através da constituição de uma comissão independente com o apoio da Fundação Carnegie, foi o fim da I Guerra Mundial e a constituição da “Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties” (em 21 de Janeiro de 1919) que deu um significativo incremento à abordagem desta temática. Esta segunda comissão estabeleceu que a combinação entre a capacidade de intervir, o conhecimento dos crimes e a consequente falha em agir, constituem os elementos substanciais da responsabilidade dos superiores pelos crimes praticados pelos subordinados⁹⁴. A Comissão afirmou o seguinte na parte III do seu relatório: “Against all authorities, civil or military, belonging to enemy countries, however high their positions may have been, without distinction of rank, including the heads of state, who order, or, with knowledge thereof and with power to intervene, abstained from preventing or taking measures to prevent, putting an end to or repressing, violations of the laws or customs of war (...) or the laws of humanity (it being understood that no such abstention should constitute a defence for the actual perpetrators) (...) are liable to criminal prosecution”.

Os governos aliados, por razões políticas, acordaram que os crimes cometidos durante a guerra seriam da jurisdição do Supremo Tribunal Alemão em Leipzig. Doutrinariamente, este processo de responsabilização, tal como explica Ivo Josipović⁹⁵, envolve a implementação indirecta, isto é, as penas relativas a cada crime seguem o regime do ordenamento jurídico

⁹² William H. Parks – *Command Responsibility for War Crimes*, *Military Law Review*, Vol 62 (Fall 1973), p. 11 nota 31.

⁹³ As Guerras Balcânicas (1912-1913) foram duas guerras curtas, entre a Sérvia, o Montenegro, a Grécia, a Roménia, a Turquia (sucessora do Império Otomano) e a Bulgária pela posse dos territórios remanescentes do Império Otomano.

⁹⁴ A Comissão para o Apuramento da Responsabilidade dos Autores da Guerra e para a Imposição de Sanções foi estabelecida na Conferência de Paris de 25 de Janeiro de 1919. Esta Comissão composta por dois representantes das cinco principais nações aliadas (EUA, Reino Unido, França, Itália e Japão) e um representante da Bélgica, da Roménia, da Grécia, da Polónia e da Sérvia, propôs que fosse estabelecido um tribunal para julgar aqueles que ordenaram ou se abstiveram de impedir as violações dos costumes e ao direito da guerra. Report Presented to the Preliminary Peace Conference, Versailles, March 29, 1919 [Em linha]. [Acesso em 1 de Outubro de 2008]. <http://www.firstworldwar.com/source/commissionwarquilt.htm>.

⁹⁵ *Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments*, University of Zagreb, 2005, p.12.



interno de cada Estado. Assim, os Estados aliados foram autorizados a iniciar as acusações e o Procurador-Geral Alemão foi obrigado a determinar a existência ou a não existência de fundamentação legal para o procedimento penal. Este facto explica que, na sequência dos artigos 227º⁹⁶, 228º⁹⁷ e 229º⁹⁸ do Tratado de Versailles, tenham sido julgados apenas 12 dos 45 casos apresentados pelos aliados, já expurgados de uma lista de outros 895. Embora apenas um dos casos, o do Major Benno Crusius, tenha obtido uma condenação directamente relacionada com a responsabilidade dos chefes militares, outros casos julgados no Supremo Tribunal Alemão em Leipzig (entre 23 de Maio e 16 de Junho de 1921), reportaram-se também, ainda que, de modo indirecto, a essa mesma questão. O entendimento aplicado foi o seguinte (tradução do autor): “a execução de uma ordem no desempenho normal dos seus deveres que viole as normas jurídicas é punível, sendo o superior hierárquico que a emite unicamente responsável pelo acto praticado”⁹⁹. Entre eles, destacamos os seguintes:

- O caso do General Alemão Karl Stenger (declarado não culpado) que foi acusado do crime de “negar quartel” e, consequentemente, ter mandado executar prisioneiros de guerra;
- O caso do Major Benno Crusius acusado e condenado a 2 anos de prisão por ter executado prisioneiros de guerra franceses feridos;
- Os casos dos comandantes de submarinos alemães que torpedearam os navios hospital ingleses “Dover Castle – Comandante Karl Neumann (declarado não culpado)” e “Llandovery Castle”^{100 e 101} – 1º Tenente Ludwig Dithmar (declarado culpado foi sentenciado a 4 anos de prisão e exonerado compulsivamente da Marinha de Guerra) – 1º Tenente John Boldt (declarado culpado e sentenciado a 4

⁹⁶ Refere a responsabilidade do Imperador William II de Hohenzollern como comandante supremo. O julgamento nunca aconteceu porque a Holanda concedeu asilo político ao Imperador Alemão.

⁹⁷ Refere o Direito dos Aliados de julgar indivíduos acusados de violar as leis da guerra.

⁹⁸ Abriu a possibilidade da realização de julgamentos em tribunais nacionais. Esta possibilidade não foi utilizada na Alemanha.

⁹⁹ The trial of Captain Henry Wirz, American State trials 666 (1865), tal como citado em The Law of War: a Documentary History 783 (L. Friedman ed. 1972), p. 881.

¹⁰⁰ [Em linha]. [Acesso em 10 de Outubro de 2008]. <http://www.gwpda.org/naval/lcastl12.htm>.

¹⁰¹ O modo como decorreram os julgamentos foi altamente criticado pela comunidade internacional, designadamente pelo excepcionalmente elevado número de absolvições. Dos 895 casos apenas 45 foram acusados e destes só 12 foram julgados, tendo sido absolvidos 6. Apenas o caso do Vapor Llandovery Castle foi considerado como “fair trial”, embora a sentença em si tenha sido considerada desadequada. Além deste facto, esta sentença nunca foi executada, pois o arguido fugiu do cárcere antes do final do julgamento.



anos de prisão)” tendo, no segundo caso, para além de negar auxílio aos náufragos, disparado contra estes com armas automáticas;

- O caso do Capitão Emil Müller do Exército Alemão¹⁰² (declarado culpado e condenado a 6 meses de prisão), permitiu ao Tribunal de Leipzig reconhecer a ideia da existência de deveres concretamente identificáveis, inerentes ao exercício das funções de qualquer comandante militar. Este tribunal, face a esta problemática, teve necessidade de estabelecer os seguintes elementos essenciais da «responsabilidade de comando», relativamente aos crimes praticados pelos seus subordinados: capacidade para intervir, conhecimento dos crimes e subsequente omissão de acção¹⁰³.

Parece claro que o ambiente vivido com tribunais alemães a julgarem alemães por actos praticados durante a guerra, bem como os incidentes de fuga de arguidos e ainda o desaparecimento de livros de registo de navegação, fizeram com que a imprensa internacional, mas sobretudo a francesa e belga, classificassem este processo como uma “farsa”. Todavia, o conjunto destes procedimentos jurídico-políticos teve, em nosso ver, três vantagens: a primeira, foi o facto dos instrumentos jurídicos que, de certo modo, estabeleceram a noção jurídico-positiva da «responsabilidade de comando ou do superior hierárquico» e que, conseqüentemente, foram aplicados pelo Supremo Tribunal Alemão em Leipzig, foram os Anexos IV e X à Convenção de Haia de 1907 e, mais tarde, os Estatutos da Cruz Vermelha de 1928¹⁰⁴. O Anexo IV tratava das regras relativas às Leis e Costumes da Guerra em Terra,

¹⁰² O Capitão Emil Müller era um advogado de Karlsruhe, responsável pelo Campo de Prisioneiros de Flavvy de Martel. Este campo tinha sido montado pelos ingleses e, durante o tempo em que estes o controlaram, as condições de habitabilidade permaneceram precárias. Todavia, durante a ocupação inglesa, o campo apenas realizava o processamento dos prisioneiros, pelo que a sua estada não excedia, em regra, os 15 dias. Quando Emil Müller assumiu o comando do campo foi-lhe atribuída a responsabilidade de mais de 1000 prisioneiros designados para uma estada de longa duração. Este oficial ordenou que os prisioneiros fossem utilizados como mão-de-obra em trabalhos extremamente duros, facto que, aliado às condições do campo, contribuiu para uma taxa de mortalidade anormalmente elevada. Emil Müller foi julgado e condenado pelo Supremo Tribunal Alemão a 6 meses de prisão, na sequência dos acordos de Paz de Versalhes. William H. Parks – Command Responsibility for War Crimes, *Military Law Review*, Vol 62 (Fall 1973), p. 13; German War Trials *The American Journal of International Law*, Vol. 16, No. 4 (Oct., 1922), pp. 628-631 American Society of International Law. [Em linha]. [Acesso em 13 de Dezembro de 2009]. <http://www.jstor.org/stable/2187584>; e ainda <http://www.lawreports.co.uk/Newsletter/OnlineArticles/LeipzigWarTrialsAug05.htm>.

¹⁰³ Relatório apresentado na Conferência Preliminar da Paz, em Versalhes, a 29 de Março de 1919.

¹⁰⁴ Adoptados em 10 de Março de 1921, revistos a 12 de Outubro de 1928 e promulgados em 1929.



o Anexo X regulava as regras relativas às Leis e Costumes da Guerra no Mar e o artigo IIIº dos Estatutos da Cruz Vermelha estabelecia as atribuições fundamentais desta organização: coordenação e apoio às vítimas dos conflitos armados. Estes instrumentos, no entender da jurisprudência alemã da época, criaram “comandos afirmativos” de um conjunto de deveres relativos à conduta dos subordinados e estabeleceram, de facto, uma primeira doutrina internacional de «responsabilidade de comando». Esta doutrina foi, curiosamente reconhecida pelo General japonês Tomoyuki Yamashita, no caso EUA vs Yamashita, onde este militar afirmou conhecer, reconhecer e aderir ao conceito. Em segundo lugar, porque tal aplicabilidade afirmou de modo claro a existência de uma responsabilidade de comando. Em terceiro lugar, porque a Alemanha, ao aplicar o direito internacional segundo as regras domésticas, reconheceu a incorporação no seu ordenamento da Lei das Nações, facto que criou uma forte orientação seguida por outros Estados.

Podemos, deste modo, sintetizar, afirmando que, no período entre a I Guerra Mundial e a II Guerra Mundial, o conceito da responsabilidade de comando foi reconhecido pela jurisprudência alemã, nos seguintes termos: o comandante ou chefe militar é criminalmente responsável pelos actos ilegais dos seus subordinados, tendo, por particular dever, conhecer e intervir, podendo antever-se já alguns elementos de uma responsabilidade fundada na acção e na omissão. Todavia, ainda antes da II Guerra Mundial, outros episódios inaceitáveis de desrespeito pela vida humana voltaram a trazer à luz da ribalta o problema da responsabilidade dos chefes militares. Entre eles, estão as práticas alemãs na aurora do II conflito militar mundial da História e o “Rape of Nanking”¹⁰⁵ de 1937, protagonizado pelo exército japonês. Estes factos, que chocaram uma vez mais a consciência da comunidade internacional, bem como a acção dos representantes dos Estados vítimas de tais abusos

¹⁰⁵ Conhecido para a história como “Nanking Massacre” ou “Nanjing Massacre” ou ainda como “Rape of Nanking” refere-se a um breve período de 6 semanas que se seguiram à tomada da cidade de Nanjing/Nanking então capital da República da China, pelas tropas japonesas em Dezembro de 1937. Durante este período dezenas de milhares de civis foram assassinados e cerca de 20.000 e 80.000 mulheres violadas por militares do exército imperial japonês. Para mais detalhes consultar Mark Levene e Penny Roberts - *The Massacre in History*, 1999, p. 223-4; *A Century of Genocide: Critical Essays and Eyewitness Accounts* by Samuel Totten and William S. Parsons, Paperback, 2008, p. 298-9; Chang Iris, *The Rape of Nanking: The Forgotten Holocaust of World War II*, Paperback, 1998, p. 6.

inaceitáveis, conduziram à “St. James Declaration”¹⁰⁶ em 1941, declaração política que proclama a intenção de prestação de assistência mútua para combater a inaceitabilidade de tais actos. Uma das maiores fontes de inspiração que veio a contribuir para um aperfeiçoamento do conceito da responsabilidade dos chefes militares foi a campanha americana contra os japoneses nas Filipinas, já no decorrer a II Guerra Mundial. O terrível tratamento dado pelos japoneses aos prisioneiros de guerra americanos mereceu diversas tomadas de posição pública de membros da Casa Branca, afirmando que não só se tratava de uma grosseira violação do Direito internacional, como também uma inaceitável violação dos aspectos mais básicos da conduta humana, decente e civilizada. Logo que as forças do General Douglas Mac Arthur ocuparam as Filipinas em Outubro de 1944, este enviou uma mensagem gravada às autoridades japonesas, dando-lhes a conhecer a sua intenção de responsabilizar os actores de violações do direito internacional, em particular no que respeitava às violações relativas ao tratamento dos civis e dos prisioneiros de guerra. A Segunda Guerra Mundial durou seis anos e apenas 6 dos 67 Estados permaneceram neutrais. O território de 40 Estados foi directamente afectado pelas operações, tendo perdido a vida 50 milhões de pessoas para além de 35 milhões de feridos ou incapacitados¹⁰⁷. É, pois, natural que as iniciativas para responsabilizar os criminosos de guerra tivessem começado muito antes de acabar a guerra.

A 8 de Agosto de 1945, os Aliados assinaram o “Acordo de Londres (London Agreement)”^{108 e 109}, como que se tratasse de uma concretização da “St. James Declaration”, estabelecendo o Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra. Um dos aspectos mais importantes deste documento foi a definição da jurisdição do tribunal, nos aspectos da tipologia dos crimes e na delimitação da sua competência geográfica. Tem

¹⁰⁶ Em Junho de 1941, os representantes do Reino Unido, do Canadá, da Austrália, da Nova Zelândia, da União da África do Sul e os governos exilados da Bélgica, da Checoslováquia, da Grécia, do Luxemburgo, da Holanda, da Noruega, da Polónia da Jugoslávia e da França (General de Gaulle) encontraram-se em França no St. James's Palace e assinaram esta declaração política.

¹⁰⁷ Josipović - Responsibility for war crimes: historical roots and recent developments, University of Zagreb, 2005, p.15 nota 54.

¹⁰⁸ Disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtchart.htm>. [Em linha]. [Acesso em 5 de Outubro de 2009].

¹⁰⁹ Até à assinatura deste acordo, o Reino Unido considerava que os líderes alemães eram criminosos foragidos à lei, pelo que deveriam ser imediatamente abatidos, mesmo que se rendessem (The Law of War: a Documentary History, L. Friedman ed. 1972, p. 777).

portanto sentido, nesta fase, visitar o texto original dos Estatutos do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga anexo ao Acordo de Londres:

Article 6°

The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(a) Crimes Against Peace: (...)

(b) War Crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

(c) Crimes Against Humanity: (...)

Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.

Voltaremos a este assunto no Capítulo 3 a propósito da definição de crimes de guerra. Todavia, importa referir que o estabelecimento deste conjunto de mecanismos de responsabilização, apesar das críticas relativas à sua selectividade, desempenhou um papel fundamental da responsabilização dos agentes de crimes de guerra. Não foram apenas estabelecidos tribunais internacionais ao mais alto nível como Nuremberga e Tóquio que totalizaram as acções jurídico-penais por violação de normas internacionais aplicáveis em tempo de guerra. Para além destes, foram ainda constituídos pelas potências vitoriosas tribunais militares de um “segundo nível”, e de que são exemplo não só os constituídos nos territórios ocupados da Alemanha, mas também os tribunais militares americanos no Oriente Longínquo em Tóquio¹¹⁰. Para além dos dois primeiros tipos de tribunais, alguns Estados que

¹¹⁰ Os Julgamentos do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga podem ser organizados em dois grandes tipos. O primeiro, o julgamento dos designados “Major War Criminals” que julgou 22 dos mais importantes dirigentes da Alemanha nazi. Decorreu entre 21 de Novembro de 1945 e 1 de Outubro de 1946. O segundo, refere-se aos designados “Subsequent Trials” que decorreram por mais dois anos, isto é, os 12 julgamentos tiveram lugar entre 6 de Dezembro de 1946 e 13 de Abril de 1949. Ao todo, o



detiveram agentes de crimes também procederam ao seu julgamento. Assim, alguns Estados estabeleceram normas que permitiam responsabilizar comandantes militares. Os EUA estabeleceram, através da JCS Directive 1023/3, de 25 de Setembro de 1944, o seguinte entendimento (tradução do autor): “(...) há responsabilidade penal sempre que tenha lugar a participação directa num crime de guerra ou a omissão de um superior em o evitar, sempre que dele tenha conhecimento ou haja notícia da sua prática, ou ainda, seja possível concluir que este terá lugar e o superior esteja em posição de o evitar”¹¹¹; o Luxemburgo, no artigo 3º, da Lei de 2 de Agosto de 1947, sobre crimes de guerra, estabeleceu o seguinte: “(...) de acordo com as circunstâncias, podem ser imputados como co-autores ou como cúmplices nos crimes (...) os superiores que toleraram os crimes dos seus subordinados e aqueles que, sem serem superiores dos seus autores materiais, apoiaram tais os crimes (...)”¹¹² (tradução do autor); a Holanda que, em 1947, adicionou o artigo 22º, alínea a), n.º 3 ao Decreto-Lei de 22 de Dezembro de 1943, no sentido de que (tradução do autor) “(...) Todo o superior que deliberadamente permita a um subordinado ser culpado deste tipo de crime deve ser punido com semelhante castigo (...)”¹¹³; a França, através do artigo 4º da Ordinance de 28 de Agosto de 1944 relativa à supressão de crimes de guerra, disposição esta utilizada aquando dos conflitos coloniais franceses na Argélia, dispõe o seguinte (tradução do autor): “(...) quando um subordinado é acusado de prática de um crime de guerra e os seus superiores não puderem ser acusados como igualmente responsáveis, devem ser responsabilizados pela sua cumplicidade, no sentido em que eles foram responsáveis por tolerarem o acto criminoso

Tribunal Militar Internacional em Nuremberga e os Tribunais Americanos na Alemanha acusaram 185 indivíduos, consideraram culpados 142 e entre estes: 24 foram condenados à pena de morte (11 das quais foram convertidas a penas de prisão perpétua) e 20 a prisão perpétua. Outros 35 foram absolvidos, 98 condenados a outras penas e 8 morreram ou suicidaram-se antes do veredicto final. Nuremberg Trials - Foreign Affairs, 1945-1949 [Em linha]. [Acesso em 12 de Julho de 2009]. <http://www.u-s-history.com/pages/h1685.html> Os 12 “subsequent trials” podem ser consultados em http://en.wikipedia.org/wiki/Subsequent_Nuremberg_Trials e são os seguintes: (1) - The Doctors' Trial (9 Dezembro de 1946 - 20 Agosto de 1947); (2) - The Milch Trial (2 Janeiro - 14 Abril de 1947); (3) - The Judges' Trial (5 Março - 4 Dezembro de 1947); (4) - The Pohl Trial (8 Abril - 3 Novembro de 1947); (5) - The Flick Trial (19 Abril - 22 Dezembro de 1947); (6) - The Hostages Trial (8 Julho de 1947 - 19 Fevereiro de 1948); (7) - The IG Farben Trial (27 Agosto de 1947 - 30 Julho 1948); (8) - The Einsatzgruppen Trial (29 Setembro de 1947 - 10 Abril de 1948); (9) - The RSHA Trial (20 Outubro de 1947 - 10 Março de 1948); (10) - The Krupp Trial (8 Dezembro de 1947 - 31 Julho 1948); (11) - The Ministries Trial (6 Janeiro de 1948 - 13 Abril de 1949) e (12) - The High Command Trial (30 Dezembro de 1947 - 28 Outubro de 1948).

¹¹¹ William H. Parks – Command Responsibility for War Crimes, *Military Law Review*, Vol 62 (Fall 1973), p. 17 nota 47.

¹¹² William H. Parks – Command Responsibility for War Crimes, *Military Law Review*, Vol 62 (Fall 1973), p. 18.

¹¹³ William H. Parks – Command Responsibility for War Crimes, *Military Law Review*, Vol 62 (Fall 1973), p. 18 nota 50.



praticado pelos seus subordinados (...)”¹¹⁴; a China, no artigo 9º da sua Lei de 24 de Outubro de 1946, exarou o seguinte (tradução do autor): “(...) a pessoa que exerce (...) uma posição de comando em relação a um criminoso de guerra e nessa capacidade de comandante não actuou no seu dever de agir para evitar a consumação do crime pelo seu subordinado, deve ser julgado como seu cúmplice (...)”¹¹⁵; o Reino Unido, no artigo 8º (ii) do Mandado Britânico relacionado com o julgamento dos acusados de crimes de guerra, prescreve o seguinte (tradução do autor): “(...) quando existirem provas que o crime resultou de uma acção concertada de vários membros de um grupo de homens ou de pelo menos parte dele, então as provas (no geral) para cada acusação individual, relacionada com aquele crime, podem ser aceites, como *prima facie*, para a determinação da responsabilidade de cada membro, da unidade ou do grupo por aquele acto em concreto (...)”¹¹⁶; o Canadá, que incorporou a regra do Reino Unido, expandindo-a e clarificando-a, no sentido de que a prova seja usada para responsabilizar o chefe militar que tenha o dever de agir.

O fim da II Guerra Mundial veio permitir aprofundar a doutrina de suporte à responsabilização dos actos dos chefes militares, muito concretamente através dos julgamentos que ocorreram, quer nos Tribunais Militares Aliados na Alemanha¹¹⁷, quer no Tribunal Militar Internacional para o Longínquo Oriente em Tóquio, quer ainda em alguns tribunais nacionais. Casos como “*Peleus*”¹¹⁸, “*The High Command*”¹¹⁹, “*Abbaye Ardennes*”¹²⁰

¹¹⁴ William H Parks – Command Responsibility for War Crimes, *Military Law Review*, Vol 62 (Fall 1973), p. 18 nota 51.

¹¹⁵ William H Parks – Command Responsibility for War Crimes, *Military Law Review*, Vol 62 (Fall 1973), p. 18/9 nota 53.

¹¹⁶ William H Parks – Command Responsibility for War Crimes, *Military Law Review*, Vol 62 (Fall 1973), p. 19.

¹¹⁷ O Tribunal Militar Internacional em Nuremberga, o Tribunal Militar Inglês em Hamburgo, Tribunal Militar Americano em Nuremberga (...).

¹¹⁸ Case n.º 1 “*The Peleus Trial*” foi julgado em Hamburgo entre 17 e 20 de Outubro 1945 por um Tribunal militar inglês no qual foi responsabilizado o comandante do submarino alemão n.º. 852, Kapitänleutnant Heinz Eck, por ter afundado em mar alto o vapor grego (desarmado) «*Peleus*» e depois ter alvejado os sobreviventes com armas automáticas e granadas de mão. Desta acção sobreviveram apenas 3 indivíduos que passaram 25 dias no mar, até serem salvos pelo vapor português *Alexandre Silva*. Este caso evidenciou o problema da obediência às ordens superiores e o entendimento sobre o conceito de «necessidade militar». H. McCoubrey, *International humanitarian law: the regulation of armed conflicts*, 1990, p. 66 (227 páginas). [Em linha]. [Acesso em 13 de Dezembro de 2009]. <http://iansard.millbanksystems.com/lords/1950/apr/25/the-peleus-trial>

¹¹⁹ Julgamento subsequente (Nuremberga) - Caso n.º 12 [Em linha]. [Acesso em 13 de Dezembro de 2009]. <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/ghctrail1.htm>

¹²⁰ Julgamento subsequente (Nuremberga) - Caso n.º 22 – *The Abbaye Ardenne Case*, *Trail of SS Brigadefuhrer Kurt Meyer*, Canadian Military Court, Aurich, Germany, December 1945. [Em linha]. [Acesso em 13 de Dezembro de 2009]. <http://www.ess.uwe.ac.uk/wcc/meyer.htm>



“Hostages”¹²¹ e “Yamashita”¹²² acabaram por marcar alguns dos mais importantes desenvolvimentos da temática em apreço.

Ao contrário do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga, o Tribunal Militar Internacional de Tóquio (IMTFE), embora se baseasse na Declaração de Potsdam de 26 de Julho de 1945¹²³, foi estabelecido através de uma ordem assinada pelo General MacArthur em 19 de Janeiro de 1946. Este tribunal militar internacional processou 28 indivíduos designadamente, 4 ex-Primeiros Ministros, 3 Ministros dos Negócios Estrangeiros, 4 Ministros da Guerra, 2 Ministros de Marinha, 6 Oficiais Generais, 2 ex-Embaixadores, 3 gestores de alto nível, um conselheiro imperial, um teórico radical, um almirante e um coronel. Sete destas personalidades foram condenadas por: “terem deliberadamente e negligentemente descuidado o seu dever de tomar as medidas necessárias para impedir que tais atrocidades tivessem ocorrido (tradução do autor)”. Para além do funcionamento do IMTFE que se prolongou por dois anos e meio (entre Maio de 1946 e Novembro de 1948), os seguintes Estados organizaram outros julgamentos com a mesma finalidade. Entre esses Estados estão: a Holanda, o Reino Unido, os EUA, a Austrália, a China, a França, as Filipinas e a União Soviética¹²⁴. Todavia, o primeiro julgamento que ocorreu na perspectiva da responsabilização dos actos de guerra cometidos pelo Japão na II Guerra Mundial, verificou-se perante a Comissão Militar Americana de Manila¹²⁵ e tornou-se um dos mais conhecidos e

¹²¹ Julgamento subsequente (Nuremberga) - Caso nº 7 [Em linha]. [Acesso em 13 de Dezembro de 2009]. <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/subsequenttrials.html>.

¹²² [Em linha]. [Acesso em 12 de Dezembro de 2009]. http://www.absoluteastronomy.com/topics/Tomoyuki_Yamashita, embora se deva considerar a obra de Richard Lael – *The Yamashita Precedent: war crimes and command responsibility*. Delaware, USA, Wilmington, Del: Scholarly Resources inc, 1982, como uma das mais completas.

¹²³ A Declaração de Potsdam ou a Proclamação definindo os termos políticos da rendição japonesa na II Guerra Mundial, publicada em 26 de Julho de 1945 por Harry S. Truman (EUA), Winston Churchill (Reino Unido) e Chiang Kai-shek (China), traçando os termos da rendição do Japão, conforme acordado na Conferência de Potsdam. Conferência que reuniu em Potsdam, de 17 de Julho a 2 de Agosto de 1945, Estaline e Molotov pela URSS, Truman (substituindo o presidente Roosevelt, morto em 12 de Abril) e Byrnes pelos EUA, Churchill e Eden, depois Attlee e Bevin pela Grã-Bretanha. Foram aí solucionados diversos problemas levantados pela capitulação alemã: preparação dos tratados foi confiada aos quatro ministros das Relações Exteriores (URSS, EUA, Grã-Bretanha e França), ocupação militar e controlo económico, desarmamento e libertação da frota, a “desnazificação”, o julgamento dos criminosos de guerra, partilha da Prússia Oriental entre a URSS e a Polónia, etc. Finalmente, pela Declaração de Potsdam a URSS associou-se aos anglo-americanos para exigir do Japão uma capitulação incondicional.

¹²⁴ [Em linha]. [Acesso em 13 de Dezembro de 2009]. http://en.wikipedia.org/wiki/Japanese_war_crimes: “Between 1946–51, the United States, the United Kingdom, China, the USSR, Australia, New Zealand, Canada, France, the Netherlands, and the Philippines all held military tribunals to try Japanese indicted for Class B and Class C war crimes. Some 5,600 Japanese personnel were prosecuted in more than 2,200 trials outside Japan. Class B defendants were accused of having committed such crimes themselves; class C defendants, mostly senior officers, were accused of planning, ordering, or failing to prevent them”.

¹²⁵ US Military Commission of Manila que iniciou os trabalhos em 7 Dezembro de 1945 e concluiu-os em 4 de Fevereiro de 1946.



com maior importância para o tema em estudo: o julgamento do General Tomoyuki Yamashita, ao qual voltaremos nos capítulos seguintes.

Enquanto o Tribunal Militar Internacional em Nuremberga atribuiu apenas responsabilidades individuais directas aos oficiais alemães de mais alta patente, o Tribunal Militar Internacional para o Oriente Distante em Tóquio pronunciou-se também no sentido de atribuir responsabilidades a militares e não militares por actos de omissão, relativamente a crimes cometidos pelos seus subordinados. Tal como já afirmámos, o catalisador daquilo que hoje entendemos por responsabilidade dos chefes militares residiu nas questões relacionadas com os direitos dos prisioneiros de guerra e ainda com o controlo ou a falta dele, relativamente aos actos desumanos¹²⁶ praticados por subordinados de chefes militares ou de outros superiores hierárquicos não militares, durante as operações que envolveram forças japonesas na II Guerra Mundial. As questões da responsabilidade por omissão resultaram em particular da análise do tratamento inaceitável dado pelos militares japoneses aos prisioneiros de guerra e dos actos que conduziram ao sistemático extermínio de civis. Decorrente deste contexto, foi identificada a necessidade dos escalões mais elevados envolvidos na condução dos conflitos, designadamente o político e o militar, terem especiais responsabilidades no que respeita à observância, supervisão e controlo da aplicação das regras internacionais relativas aos conflitos armados. Os casos «The High Command», «Hostages» e «Ministries» mostraram que a doutrina da «responsabilidade do superior hierárquico» também se aplica a pessoas com poder hierárquico sobre outras, quer seja num contexto puramente militar, quer fora dele. O caso «Roehling Enterprises» mostrou, em particular, que mesmo fora de um contexto puramente militar, onde não há sequer execução de tarefas de natureza militar, pode existir responsabilidade do tipo de comando e que, neste contexto, passaremos a designar por «responsabilidade do superior hierárquico».

No final da II Guerra Mundial, ao contrário da I Guerra Mundial, era mais ou menos consensual que o exercício do comando impunha responsabilidades penais de natureza

¹²⁶ Esta expressão, no contexto deste estudo, refere-se apenas à tutela de bens jurídicos protegidos pela comunidade internacional e, entre estes, na perspectiva do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apenas àqueles cuja violação implica um maior juízo de censurabilidade: crime de agressão, crimes contra a humanidade, crime de genocídio e crimes de guerra.



nacional e internacional. Note-se em particular o reconhecimento dos princípios definidos em Nuremberga, pela Assembleia-Geral das Nações Unidas¹²⁷. Pensamos pois, que esta responsabilidade já existia anteriormente, como procurámos evidenciar, pelos casos nacionais que citamos. Todavia, o atributo da soberania fechada e quase absoluta que vigorou até ao final da II Guerra Mundial, não permitiu que o conceito e a sua aplicabilidade se pudessem aperfeiçoar. Foram os abomináveis acontecimentos protagonizados pelos nazis e pelos japoneses que, em boa parte, permitiram essa evolução. As Conferências de Paz, a definição dos Estatutos da Cruz Vermelha, a jurisprudência do Tribunal de Leipzig e os Tribunais Militares Internacionais, bem como a jurisprudência de alguns casos julgados em tribunais nacionais, devem ser registados como decisivos neste processo. Chegámos, pois, ao final da década de 40 do século XX com o conceito assim definido:

Os comandantes militares são criminalmente responsáveis (responsabilidade de comando) sempre que:

- a) Ordenem a execução de um acto ilegal (nesta perspectiva crime de guerra);*
- b) Tenham conhecimento que os seus subordinados estão a cometer um crime e não tomem as devidas acções para o impedir (quer actuem com dolo de omissão ou apenas negligentemente);*
- c) Nos casos do General Yamashita e do Brigadeführer Waffen SS Kurt Meyer (Abbaye Ardenne), o tribunal optou pelo standard “deveria saber” (he should have known) e “deveria ter tomado as medidas necessárias para impedir os seus autores ou para os punir” (should have taken necessary measures to prevent them or to punish the perpetrators).*

Mesmo assim, o facto é que, apesar da jurisprudência que resultou dos Tribunais Militares Internacionais de Tóquio e Nuremberga, as Convenções de Genebra de 1949 não contêm regras positivas, quer relativamente à responsabilidade dos chefes militares, quer no que concerne à «responsabilidade dos superiores hierárquicos». Este facto conduziu a um efectivo declínio desta doutrina no período seguinte à II Guerra Mundial. Este declínio teve

¹²⁷ Resolução AG n.º 177, de 21 de Novembro de 1947.

por base a falta de um consenso internacional provocado por razões de natureza essencialmente política, associadas não só à erupção de conflitos classificados como guerras civis e conflitos internos, mas também à existência, até 1989, da chamada Guerra Fria. Na esmagadora maioria dos casos, o peso das ideologias políticas, do nacionalismo, dos fenómenos de autodeterminação e, finalmente, da posição de vencedor no final das hostilidades, serviram de justificação para a não responsabilização dos actos dos chefes militares. No período pós-Nuremberga e Tóquio, poucos foram os casos de responsabilização que se tornaram internacionalmente conhecidos, excepção feita a um dos que mais viria a contribuir para o estudo desta temática: o caso «Ernest Medina/William Calley» ou «My Lai», ocorrido em 1968, durante o conflito do Vietname.

A figura da responsabilidade de comando no início dos anos 70 do século XX foi marcada por uma dualidade que deve ser referida, a dualidade entre o Yamashita standard e o Ernest Medina standard. Por um lado, temos os casos do General Yamashita e do Brigadeführer Kurt Meyer (Abadia das Ardenas) nos quais o critério de determinação do elemento cognitivo foi “deveria ter conhecimento”(should have known) dos factos praticados pelos seus subordinados; por outro lado, nos casos Wilhelm von Leeb (Alto Comando) e do Capitão Ernest Medina (My Lai) o critério da determinação do elemento cognitivo foi “sabia” (knew) dos factos praticados pelos seus subordinados.

Só em 1977, com o reconhecimento do carácter consuetudinário da doutrina da responsabilidade de comando foi possível obter a sua codificação sob a forma dos artigos 86º e 87º do Protocolo Adicional I às quatro Convenções de Genebra de 1949. A norma do n.º 2 do artigo 86º, foi a primeira regra internacional positiva a consagrar expressamente a problemática do elemento cognitivo «o conhecer», como um elemento da responsabilidade de comando. Este facto constituiu um novo incremento para a definição, cada vez mais precisa, do âmbito do conceito de responsabilidade dos chefes militares. Mesmo assim, até 1993-1994, datas em que foram estabelecidos os Tribunais Internacionais ad hoc para a ex-Jugoslávia



(ICTY) e para o Ruanda (ICTR) respectivamente¹²⁸, as acusações quase se resumiram a actos de responsabilização por participação directa e objectiva em violações da lei internacional. Só após 1994, com os casos “*Delalić et al. Celebići Camp*”¹²⁹ e “*General Tihomir Blaskić*”¹³⁰ julgados pelo ICTY, foi possível influenciar a introdução do normativo do artigo 28º, no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998. Esta norma faz da responsabilidade de comando a base para a responsabilização penal em crimes de natureza jurídico-internacional, por actos praticados por subordinados de chefes militares e superiores hierárquicos. As referências jurídicas seguintes sintetizam os principais instrumentos, após a II Guerra Mundial, que constituem a base da responsabilização em causa: artigos 87º e 88º do Protocolo Adicional I de 1977 às Convenções de Genebra 1949; artigo 6º do Tribunal Internacional ad hoc para o Ruanda (ICTR), 1994; artigo 7º do Tribunal Internacional ad hoc para a ex-Jugoslávia (ICTY), 1993 e o artigo 28º do Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional de 1998.

O século XX acolheu um conjunto de acontecimentos, mais ou menos isolados, que iniciaram a verdadeira responsabilização dos chefes militares. Todavia, infelizmente, ainda não representam uma mudança de paradigma, continuando a associar-se, com relativa facilidade, a ideia de que o comando militar corresponde a uma quase uma ilimitada liberdade de opções e um poder sobre pessoas também quase ilimitado. Mas este conjunto de acontecimentos isolados está a dar corpo a um princípio de continuidade e, esse sim, parece mover-se no sentido de um verdadeiro caminho, que foi concebido em Nuremberga e que atingiu a sua autonomia no momento em que as civilizações proclamaram o valor da pessoa humana e reconheceram o Tribunal Penal Internacional.

¹²⁸ Resoluções do Conselho de Segurança n.ºs 808/1993 e 827/1993. Esta última foi publicada no Diário da República I-Série A, de 11 de Maio de 1995, p. 2695. A Resolução do Conselho de Segurança n.º 955/1994 de 8 de Novembro de 1994, alterada pela Resolução do Conselho de Segurança n.º 1329/2000, de 30 de Novembro de 2000, que aprovou o Estatuto do Tribunal Internacional para o Ruanda, não foi publicada em Diário da República, segundo o Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República [Em linha]. [Acesso em 12 de Dezembro de 2009]. <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1844>.

¹²⁹ IT-96-2116, de Novembro de 1998, [Em linha]. [Acesso em 04 de Julho de 2008]. <http://www.un.org/icty/celebići/trialc2/judgement/index.htm>

¹³⁰ IT-95-14, de Março de 2000, [Em linha]. [Acesso em 06 de Julho de 2008]. <http://www.ess.uwe.ac.uk/ICTY/BlaskićIndict.htm>



Assim, tendo por base as questões ligeiramente afluídas neste capítulo sobre os elementos enquadrantes e de retrospectiva vamos, nos capítulos seguintes, preparar uma abordagem à questão central da nossa investigação, ou seja, quais são as referências permanentes na delimitação do elemento cognitivo na responsabilização individual por omissão, no caso dos chefes militares e de outros superiores hierárquicos?

Analisaremos de imediato o referencial comum dos atributos do exercício do comando, tendo em consideração as suas bases e o ambiente em que este tipo de autoridade se exerce nas modernas operações militares.

2. Comandar em conflitos modernos

“ (...) Sob o céu encapotado que continuava a destilar humidade, naquele vale onde o bramido do canhão tinha afastado as aves, deixando apenas os homens que se matavam com sanha”.

Arturo Pérez-Reverte¹

A abordagem perspectiva sobre o exercício do comando tem por finalidade procurar estabelecer dois referenciais que permitam, em momento posterior, o estudo dos requisitos de responsabilidade por actos praticados pelos subordinados do titular deste tipo de autoridade. O primeiro referencial tratará do ambiente em que se exerce o comando e o segundo das questões relativas ao exercício do comando propriamente dito, com particular destaque para os graus de autoridade atribuídos a um determinado nível ou escalão de comando e a sua relação com o controlo efectivamente exercido. Começemos então pelo primeiro.

Os vocábulos “guerra” e “paz” estão tão desgastados no seu significado clássico que quase poderíamos afirmar que já quase não existem no seu conceito original. Em primeiro lugar, porque a larga maioria dos conflitos deixou de ter o confronto directo entre Estados-soberanos, enquanto entidades políticas cuja oposição de vontades torna os seus objectivos vitais mutuamente exclusivos e, consequentemente, a maioria dos conflitos ocorrem no interior das suas fronteiras tradicionais, apesar de algumas significativas excepções, como foi o recente caso da invasão da Geórgia pela Federação Russa, em 2008.² Poderemos, com algum cuidado, afirmar que, se verifica uma tendência geral para que os conflitos armados deixem de ser, na sua maioria, inter-estaduais e passem a ser, mais frequentemente classificados como intra-estaduais, dando consistência às dificuldades de afirmação do próprio Estado, como entidade praticante de uma soberania de natureza quase absoluta. Em segundo lugar, a paz deixou de ser uma mera ausência da guerra, porquanto esta ausência não obsta à existência de crises, algumas das quais manifestam recurso a meios armados, sem qualquer declaração

¹ O Hussardo, Edições ASA, Porto, 2004, p. 108.

² Armando Marques Guedes – *A guerra dos cinco dias*, Instituto de Estudos Superiores Militares e Prefácio, 2009.



formal de intenção do uso da força bélica. Quer num caso, quer noutro, o elemento comum parece ser, neste contexto, a existência de elementos violentos, com recurso a meios de constrangimento que incluem a força armada.

A incerteza do estado de guerra e do estado de paz conduz-nos à perspectiva da existência de conflitos armados e, por esta via, entender que a clássica figura do *jus ad bellum* a que nos temos vindo a referir, outrora reguladora das condições em que os Estados poderiam utilizar a força armada na perspectiva da “guerra (justa)”, mantém as suas características iniciais, mas deverá ser entendida numa perspectiva do contexto menos rígido e mais abrangente, isto é, na perspectiva reguladora das condições aplicáveis ao uso da força armada na perspectiva do conflito armado, quer no seio de um Estado, quer entre Estados, quer ainda em territórios cujo estatuto legal é objecto de disputa internacional.

Nesta perspectiva, consideraremos o conceito de conflito armado³ como faz a definição dada no caso *Prosecutor vs Dusan Tadić* (ICTY IT-94-1) “*Prijedor*” (Câmara de Recurso), tendo em consideração a definição adoptada pelo Instituto de Direito Internacional e a que se encontra em debate na Comissão de Direito Internacional, no âmbito dos trabalhos sobre os *Efeitos dos Conflitos Armados sobre os Tratados*⁴ e que é a seguinte⁵: “...um conflito armado existe sempre que haja recurso extremo à utilização da força armada entre Estados ou violência prolongada no tempo entre autoridades governamentais e grupos organizados ou

³ A definição de conflito armado é uma questão complexa, em especial no que respeita à sua natureza internacional ou não internacional e tem sido abordada por diversos instrumentos jurídicos, pela jurisprudência e pela doutrina internacional. Não sendo este o tema a discussão central no presente estudo, recomendamos para mais detalhes a consulta de James G. Stewart - *Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict*. *IRRC*, June 2003 Vol. 85 N.º 850, 313 a 350. [Em linha]. [Acesso em 12 Outubro de 2008]. [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5PYAXX/\\$File/irrc_850_Stewart.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5PYAXX/$File/irrc_850_Stewart.pdf).

⁴ A/CN.4/550 e 570, de 1 de Fevereiro de 2005 e 16 Junho de 2006, respectivamente.

⁵ “... an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organised armed groups or between such groups within a State.” *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Case No. IT-94-1-A72, Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “Dule”, Appeals Chamber, 2 October 1995, § 70 (1994-1995), 1 ICTY JR 352, at § 70, reprinted in International Legal Materials, vol. 35 (1996), p. 32 e ICTY Prosecutor vs Kovac, Appeals Chamber, 12 June 2002, § 50. Presentemente (2010), decorrem os Trabalhos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (a 6ª Comissão) com base no seu relatório *Sixth Committee (A/63/439) Effects of armed conflicts on treaties* e que tem por base a seguinte definição: “Armed conflict means a state of war or a conflict which involves armed operations which by their nature or extent are likely to affect the operation of treaties between States parties to the armed conflict or between States parties to the armed conflict and third States, regardless of a formal declaration of war or other declaration by any or all of the parties to the armed conflict.”. Esta definição é baseada na proposta adoptada pelo Instituto de Direito Internacional em 28 de Agosto de 1985 (O prazo final para os governos se pronunciarem sobre o tópico em estudo “Effects of armed conflicts on treaties” é 1 de Janeiro de 2010, nos termos do ponto 5 da Resolução AG/63/123, 15 de Janeiro de 2009). [Em linha]. [Acesso em 13 de Dezembro de 2009]. <http://www.un.org/law/ilc/>.*



ainda entre estes grupos organizados, no seio de um Estado (tradução do autor)".⁶ A Câmara de Recurso esclareceu também a questão da temporalidade, no sentido de que a limitação geo-temporal se prolonga para além do momento em que têm lugar as hostilidades e inclui o território ou territórios como um todo no qual o conflito armado tem lugar.⁷ Esta definição deve ter em consideração que um conflito armado não suspende ou caduca os tratados internacionais de natureza humanitária em vigor entre as partes, como é amplamente defendido pela doutrina e alguma jurisprudência internacional. Ora, sendo assim, a definição apresentada contempla, a nosso ver, os seguintes elementos essenciais:

- *Recurso extremo à força armada entre Estados;*
- *Recurso extremo à força, de modo prolongado no tempo, no interior de um Estado, entre autoridades governamentais e grupos organizados ou ainda entre estes grupos organizados.*

Todavia, a essência do conflito, apesar das novas “ferramentas” colocadas ao seu serviço, continua a ser identificável como um fenómeno social, cujas causas se podem prender com competição por recursos, por identidade, por questões religiosas e por interesses ou por valores, tendo em vista a aniquilação do adversário, a sua exaustão, o seu compromisso, a sua derrota, a sua desacreditação, a sua capitulação ou simplesmente uma pausa antes de uma outra fase de nova utilização da violência.

Os instrumentos da violência dos Estados são os exércitos (aqui entendidos no sentido amplo do termo, isto é, as suas forças armadas), ou seja, estruturas permanentes, organizadas, treinadas e disciplinadas para o emprego da força armada, actuando sob o princípio da hierarquia, constituídas por indivíduos vinculados de maneira especial ao Estado, detentores de uma legitimidade conferida e cujo estatuto jurídico lhes permite, em certas circunstâncias, fazer uso de armas, quer na sua ordem interna, quer ainda sob mandato internacional. Quer num caso, quer noutro, os exércitos nacionais e os seus membros estão continuamente sujeitos

⁶ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Case n.º IT-94-1-A72, Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “DULE”, Appeals Chamber, 2nd October 1995, § 70 (1994-1995), 1 ICTYJR 352, at § 70, reprinted in International Legal Materials, vol. 35 (1996), p. 32.

⁷ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Case No. IT-94-1-A72, Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “DULE”, Appeals Chamber, 2nd October 1995, § 67.



a um estrito controlo jurisdicional (interno e externo) e a um completo controlo político. Estas estruturas são concebidas para participar em conflitos armados, onde operam num ambiente que, no limite, pode ser sucintamente resumido numa lógica “to kill or to be killed”. Em termos meramente académicos⁸ e, tendo como referência o ano de 1648 e a celebração da Paz de Vestfália, consideraremos que a natureza dos conflitos armados apresentou 4 estados evolutivos diferenciados⁹, conhecidos como “as 4 gerações da guerra moderna”¹⁰. A Paz de Vestfália marcou o início do papel central do Estado na condução e aplicação da violência armada através da utilização dos exércitos convencionais, quase como hoje os conhecemos. Antes desta data, diferentes entidades participaram em guerras - famílias, tribos, religiões, cidades, campanhas com objectivos económicos – usando muitos e diferenciados meios e não apenas exércitos e armadas, mas recorrendo ao suborno e aos assassinatos.¹¹ Hoje é difícil imaginar um conflito armado num outro contexto que não incluía a utilização, no todo ou em parte, de forças armadas de um Estado nacional, pelo menos como um dos beligerantes. A primeira geração da guerra moderna, que teve lugar entre 1648 e 1860, pode caracterizar-se por ter sido um acontecimento, onde o uso da massa de indivíduos conduziu às noções de “ordem” e “distinção”, noções estas que desempenharam um papel central na percepção do exercício do comando. Por um lado, os dispositivos tácticos concentraram-se nas colunas, nas linhas, nas distâncias e nas profundidades, dando uma percepção de geometria, facto que levou a uma certa cultura de ordem que, ainda hoje, se encontra enraizada nos dispositivos militares. Por outro, os uniformes coloridos, a simbologia das patentes, um certo espírito de corpo e a própria saudação militar (a continência), distinguiram o militar do civil, contribuindo também para o reforço da própria ideia de ordem. A ordem e a distinção foram a génese de uma disciplina do tipo “top-down” sem qualquer envolvimento de elementos racionais e afectivos. Os militares eram encarados como peças de um dispositivo compacto,

⁸ Existem posições dissidentes desta classificação (por exemplo, *fourth-generation war and other myths* - Antulio J. Echevarria II, November 2005), mas usamo-la pois, para além de ser a corrente maioritária, caracteriza com aceitável precisão os elementos relativos ao exercício do comando, fundamentais para o problema em análise.

⁹ Rupert Smith em *The Utility of Force*, considera apenas 3 gerações: “industrial war”, “cold war” e “war against people”.

¹⁰ Seguiremos, no geral, as teorias lançadas nos anos 80 por William S. Lind e Thomas X. Hammes, com alguns elementos actualísticos como, por exemplo, as posições de Antulio J. Echevarria em *Fourth-generation war and other myths*.

¹¹ William S. Lind, p. 1 (2004).



onde cada um fazia aquilo que lhe fosse determinado, sem hesitações e sem qualquer demonstração de iniciativa. O comando exercia-se de modo quase absoluto e a figura do comandante era tida como uma entidade distante, inacessível e dotada de um poder também ele quase absoluto numa dimensão espacial muito limitada. Esta geração de conflitos armados terminou, grosso modo, por altura do fim das guerras napoleónicas.

O século XIX trouxe a generalização das armas de fogo, muito em particular com o aparecimento do cartucho (1814), do revólver (1818), das primeiras armas automáticas (1862) e da artilharia de longo alcance com os célebres materiais Krupp (1867)¹². A introdução do elemento “capacidade de fogo à distância” tornou a noção de ordem do período passado obsoleta e, provavelmente absurda, do ponto de vista das baixas que provocaria um confronto entre estes dois elementos. Por outras palavras, uma cultura de ordem na preparação do confronto, foi confrontada com uma preparação para operar num ambiente de caos e incerteza. Assim, a segunda geração da guerra surgiu como uma resposta natural à contradição entre ordem e caos, convertida nos desafios colocados pela evolução natural da técnica, aumentando as distâncias entre cada um dos exércitos, especializando-se em diferentes tarefas (infantaria, cavalaria, artilharia, engenharia, etc...) e recorrendo ao conceito de “atrição”, onde a esmagadora maioria dos efeitos decisivos se produziam através dos fogos da artilharia¹³. Estes factos requereram a introdução do conceito centralizador de sincronização. Assim, o papel do comandante tornou-se numa espécie de maestro todo-poderoso que, através de ordens extremamente detalhadas, colocava em harmonia todos os elementos de que disponha, designadamente, infantaria, carros de combate, engenharia e artilharia. Como consequência, a obediência dinâmica tornou-se um elemento central da acção de comando, mantendo-se a iniciativa vista como um efeito indesejado, uma vez que não se enquadrava na sintonia da «orquestra» dirigida por um só maestro. Esta geração de conflitos armados terminou por altura da I Guerra Mundial.

¹² A fábrica alemã Krupp desenhou uma arma de 1.000 libras para a Exposição Universal de Paris de 1867.

¹³ Esta geração é conhecida pela expressão «putting steel on the target».



A contínua evolução tecnológica e a introdução do conceito alemão de “Blitzkrieg” ou da “guerra relâmpago” conduziram a uma nova evolução na concepção das operações. Desta vez, não se baseou na noção de “uso do elemento humano e da noção de ordem”, nem na noção de “atrição através da sincronização”, mas fundamentou-se na introdução do elemento “velocidade” e na consequente “manobra”. A terceira geração da guerra baseia-se, ainda hoje, não na ideia de “bater e destruir”, mas no conceito de “ultrapassar para colapsar”, conceito aliás bem demonstrado pelas operações que envolveram as operações aliadas no Golfo Pérsico em 1991 e que ficaram para a história como “Desert Storm”. A grande diferença para as duas gerações anteriores reside na ideia de que o conflito armado deixou de ser linear, isto é, pode estar em toda a parte, envolvendo em consequência um grande número de não combatentes, sem ter uma frente perfeitamente definida num certo momento. Para além deste facto, surge um outro como consequência natural deste processo evolutivo: a industrialização veio permitir, como refere Rupert Smith: “uma matança a uma escala industrial”¹⁴. Comandar tornou-se, não um exercício próprio para um maestro, mas para um maestro visionário que conseguisse materializar aos seus subordinados o resultado desejado da sua campanha, sem descrever detalhadamente o método para alcançar tal resultado. O conceito de “auftragstaktik”¹⁵ revolucionou a maneira como era vista a iniciativa e acentuou a sua importância em detrimento da obediência, tendo como consequência uma certa tolerância para com o erro, num contexto de iniciativa dos escalões subordinados. A disciplina tornou-se auto imposta, sugerindo novos elementos afectivos de liderança e, deste modo, desviou-se da ideia de mera imposição superior, rompendo com a noção de ordem da primeira geração e substituindo-o por noções como a flexibilidade, a surpresa, a simplicidade, a superioridade

¹⁴ The utility of force: “Industrial total war, having failed to produce the promise of a quick decisive victory, was producing instead causalities at an industrial rate”, p. 116.

¹⁵ Conceito prussiano que significa dar a missão ao subordinado apenas através da intenção do comandante superior sem especificar as tarefas em concreto. Para mais detalhes ver, *Maneuver Warfare*, William S. Lind, p. 242 e ainda C. Oliviero “Trust, Manoeuvre Warfare, Mission Command and Canada’s Army”, August 1998, Vol. 1, No. 1, *The Army Doctrine and Training Bulletin*. [Em linha] [Acesso em 03 Dezembro 2009] <http://www.ducimus.com/Archive/auftrags-oleary.htm>.



pontual, etc. Esta geração de conflitos armados, serve ainda hoje, como base à doutrina de uma grande parte dos exércitos nacionais.

O final da II Guerra Mundial veio rearmar dois blocos antagonistas, cuja lógica quase se aproximava dos conflitos de primeira geração, com elementos da segunda e da terceira. Foi também no final dos anos 40, início dos anos 50, que a aplicação da força armada começou, de modo mais ou menos universal, a ser aplicada no interesse comum, com a possibilidade da comunidade internacional legitimar uma intervenção armada, para defesa dos valores colectivos fundamentais, designadamente a paz e a segurança. Doutrinariamente, foi-se deixando cair a expressão guerra e este tipo de intervenções armadas tomou a designação de acções armadas em apoio da paz ou simplesmente operações de apoio à paz, ainda que acompanhadas de um conjunto de medidas de natureza multifuncional, que reconheceram as diferentes, mas concorrentes causas de um conflito armado. Entre 1945 e até ao início do século XXI, a iniciativa e a obediência foram determinadas pelo ambiente onde se desenrolavam as acções armadas, no sentido em que as acções de interesse comum fomentaram a iniciativa e a descentralização e as acções ao serviço dos Estado nacionais valorizaram a obediência e o papel do comandante maestro visionário, mas agora em sentido da sua aptidão para dominar também as envolventes não exclusivamente militares.

A iniciativa, descentralização e este aspecto visionário são, provavelmente, as únicas características que transitaram, a partir de 2001, para quarta geração da guerra.¹⁶ A extorsão, o rapto, o assassinato, a insurreição, a guerrilha, as acções de fraca intensidade e outras técnicas assimétricas bem conhecidas e utilizadas até 1648, estão de novo na ordem do dia. Esta geração pode, por um lado, representar a mais radical mudança desde a Paz de Vestfália, precisamente consequência da perda do monopólio do exercício da violência pelo Estado e, pode, por outro lado, precisamente pelo mesmo argumento, representar um regresso ao período pré conflitos de primeira geração. Independentemente da opção, os exércitos nacionais enfrentam hoje grupos como as FARC (na Colômbia), a Al-Qaeda (no Paquistão), o Hamas (na Palestina), o Hezbollah (no Líbano), a guerrilha chechena (na Federação Russa), o

¹⁶ William S. Lind, 2004, p. 3.



terrorismo Talibã (no Afeganistão) entre outros, sem um nítido sucesso. Esta geração de conflitos armados pode ser caracterizada pelo fenómeno da existência de grupos armados assimétricos¹⁷, fenómeno este que não confronta Estados, mas culturas e valores, que não ratifica Convenções de Genebra mas poderá ter alguma abertura a códigos de comportamento, que não se combate apenas com atiração em sentido físico mas com apurado senso de atiração imaterial e psicológica, que não separa combatentes e não combatentes mas que integra militares e civis, que não só não se identifica facilmente como também se esconde e se mistura, distinguindo quase sempre as vítimas dos alvos, fazendo uso de armas como os meios de comunicação de massa. Este fenómeno transforma tecnologia e poder de fogo, nos demónios dos exércitos regulares, por duas ordens de razões: por um lado, os exércitos nacionais, sintonizados na utilização da tecnologia e nas acções de natureza letal, têm a tendência para a destruição física, destruição essa que, quando acontece, fortalece ainda mais o caos, ambiente por excelência fazendo florescer cada vez mais este tipo de grupos armados; por outro lado, a assimetria dos conflitos faz com que as acções do adversário contemplem, para além dos meios “kinetic”, “o recurso aos meios não letais e não exclusivamente militares, tais como a desestabilização económica e a guerra cibernética (cyberwar)”¹⁸. Assim, esta quarta geração adota uma caracterização dual, que ora se aproxima das anteriores, ora se afasta destas, desgastando o modo clássico de emprego da força, numa clara aproximação da política aos seus diversos instrumentos coercivos. Esta geração de conflitos armados requer o domínio do imaterial, das acções dos media, do domínio público da vontade, num permanente exercício de interacção, reacção e condicionamento, que se mistura com a geografia humana e se aplica mesmo às acções armadas no interesse comum. A quarta geração da guerra não recorre à tecnologia e ao poder de fogo como as únicas características que asseguram a vitória pela destruição, colapso ou esmagamento dos adversários. Bem pelo contrário, o grande desafio deste tipo de conflito reside na tradicional fórmula “losing to win”, isto é, baseia-se na

¹⁷ Neste conjunto de grupos armados que se designam na terminologia anglo-saxónica por “insurgents”, incluímos todos os combatentes excepcionais ou privilegiados, todos os combatentes anómalos e ilegítimos, isto é, todos aqueles que ficam fora da classificação de combatentes legítimos e regulares.

¹⁸ Pierre Tran, *Defense News*, 21st January, 2008, p. 12.



capacidade de usar a força armada sem destruir o Estado (a sua reconstrução é difícil e sem ele o caos tende a eternizar-se), e sem ganhar a oposição das populações (as percepções num mundo global são concorrentes da legitimidade formal). Nesta geração dos conflitos armados, a tecnologia e o indivíduo parecem ser os atributos centrais que permitiram responder as ameaças através de dois factores: rapidez e adaptabilidade. Estes factos parecem alterar a lógica de comando, uma vez que as unidades tendem a ser mais ligeiras, mais pequenas, mais independentes e mais preparadas para lidar com a complexidade e a dimensão imaterial. Recuperar a iniciativa, dinamizar a autonomia, treinar para a adaptabilidade, afastar a exclusividade tecnológica, revitalizar a obediência no sentido racional e acentuar o controlo, parecem ser alguns dos elementos relevantes neste novo contexto de comando.

Dada a natureza dos conflitos armados do presente, em particular aquela maioria onde não há envolvimento directo entre Estados soberanos, ser assimétrica, os exércitos regulares enfrentam um adversário que utiliza métodos não convencionais, apresenta efectivos difíceis de reconhecer e consequentemente discriminar, usa meios armados problemáticos para serem identificados como objectivos legítimos, furta-se ao confronto no domínio material, adopta uma postura de presença pontual para a execução de acções com efeitos em cascata e elegeu os domínios não materiais como o seu campo de batalha favorito, quase ao saber da geração da guerra antes de Vestefália. Para além destes factos, os adversários dos exércitos regulares dos Estados democráticos são profundamente idealistas, não agem de acordo com uma determinada unidade de doutrina, não adoptam as regras do jus in bello e são dotados de códigos de valores muito diferentes, detêm em regra a iniciativa e apresentam prioridades e constrangimentos morais muito difusos. No entanto, apesar de nos conflitos armados assimétricos do presente haver dois elementos comuns entre os exércitos regulares e os seus adversários assimétricos, isto é, acesso à tecnologia e acesso à globalização, há aspectos¹⁹ que permanecem como características conformadoras do ambiente produzido pela incerteza, pela turbulência, pela adversidade, pelo desconforto, pela emoção e pela constante necessidade de optar racionalmente: a fricção, o caos e a incerteza, o perigo, a dimensão humana (stress e

¹⁹ Elementos baseados na caracterização dos conflitos modernos apresentados pela Allied Joint Publication – 01 (C), 2006, p. 1-15.



tempo). Vejamos, resumidamente, cada um deles. A fricção pode ser definida como a força que impede o resultado de uma acção, que transforma coisas simples em algo difícil e que tem a particularidade de fazer evoluir as situações difíceis para quase impossíveis. A fricção pode ser mental (como é o caso da indecisão sobre que procedimentos adoptar em seguida), pode ser física (como é o caso dos efeitos produzidos pelo fogo intenso do inimigo), pode ser imposta externamente (pelo adversário ou pelas condições atmosféricas), mas também pode ser induzida no seio da própria força militar (por problemas de planeamento ou diferenças de personalidade). A fricção existe independentemente da presença física do adversário e tem um grande impacto no modo como se executa um plano de uma campanha militar.

O caos pode ser identificado como resultante de uma actividade humana extrema, que provoca ausência de ordem e uma constante incerteza de acontecimentos. O comando e o controlo são os meios de que um comandante dispõe para lidar com a incerteza. Quer o comportamento das forças amigas, compostas por seres racionais, imprevisíveis e que cometem erros, quer o comportamento do adversário que pensa e que deliberadamente constrói a dúvida, contribuem para que a incerteza seja um produto natural do ambiente operacional. O exercício do comando tem por objectivo reduzir a incerteza através da recolha, tratamento e disseminação da informação, contribuindo para o conhecimento. Esta característica que tem por base a sintonizar as percepções, uma vez que a velocidade, a contrariedade, a confusão, as intenções furtivas e a invisibilidade de certos acontecimentos, multiplicam a incerteza. Cada comandante tem necessidade de explorar todas as possibilidades, para reduzir o caos, naquilo em que este afecta as suas unidades, procurando em simultâneo impô-lo ao adversário como meio de obtenção de vantagem. Nos conflitos da quarta geração, a complexidade imaterial induz novas percepções do caos, cujas origens se escondem por detrás do mundo virtual.

O perigo pode ser conceptualizado como a resultante da aplicação da força, quer numa perspectiva material ou quer numa dimensão imaterial, resultante dessa comum a todos os indivíduos, e que obriga a um determinado comportamento. Uns mais que outros, mas todos os seres humanos sentem medo e são, até certo ponto, domináveis por este sentimento. Também aqui os comandantes, sobretudo aos escalões mais baixos, têm um papel muito



importante no desenvolvimento e na sedimentação da coragem moral, cuja existência constitui factor determinante no sucesso do cumprimento das missões militares.

Finalmente, as acções de comando, controlo e de emprego da força armada envolvem pessoas. Embora o papel dos comandantes seja ajudarem os seus subordinados a cumprir as suas missões individuais de modo que a missão da força militar seja alcançada, ambos estão envolvidos em actividades que produzem um alto nível de stress, especialmente induzido pelos elementos de perigo, medo, exaustão, solidão, privação dos afectos e acumulação de percepções negativas. O stress afecta a avaliação individual e provoca erros, aumenta os tempos de reacção e amplia a percepção da incerteza. As operações de emprego da força militar são operações complicadas no sentido em que um sistema complexo ao interagir com outro sistema complexo adversário o faz numa perspectiva competitiva, numa lógica de tudo ou nada. Assim, os altos níveis de stress têm impacto no moral individual e afectam o discernimento e a capacidade de tomar decisões racionais, em especial aquelas que têm efeitos directos sobre o pessoal adversário. O tempo é também um factor muito importante, por quatro razões. A primeira, pela simples razão que para um comandante as suas forças devem ser mais rápidas que as forças do adversário. A segunda, é a de que o valor da informação degrada-se com o tempo, à medida que a situação se altera, isto é deixa de ter o mesmo valor operacional. Em terceiro lugar, para planear e executar as tarefas, é necessário tempo. Ora, a complexidade do planeamento e da execução de certas tarefas, fazem com que o tempo seja, neste contexto, um factor crítico. Finalmente, nas operações de 4ª geração, em regra, os comandantes não controlam o tempo, na medida em que a iniciativa pertence, na maioria das vezes ao adversário.

A tabela seguinte procura sintetizar os traços evolutivos relativos ao ambiente onde se exerceu o comando ao longo das diferentes gerações de conflitos armados, tendo em consideração que os elementos característicos e conformadores estiveram e estão presentes em todas as gerações, embora de maneira diferente. Hoje em dia, o exercício do comando pode comportar elementos de todas as gerações, combinados de maneiras diferentes, como maior ou menor predominância para uma delas, conforme o ambiente operacional:

Traços evolutivos do ambiente onde se exerceu e se exerce o comando

1ª Geração (até ao início da 2ª metade do século XIX)

A ordem e a distinção foram a génese de uma disciplina do tipo “one way top-down” sem qualquer envolvimento bilateral de elementos racionais ou relacionais, marcadamente caracterizada pelos atributos de um Estado soberano absoluto que fazia reflectir esse facto na figura quase transcendental do comandante. Os militares eram encarados como peças de um dispositivo compacto, onde cada um fazia aquilo que lhe fosse determinado, a maior parte das vezes através de um mero exercício de imitação, sem hesitações e sem qualquer demonstração de iniciativa, perante um comandante longínquo e munido de poderes quase absolutos numa dimensão muito localizada. A disciplina era imposta de fora para dentro dos indivíduos, muitas vezes aceite pelo temor físico e quase sempre racionalmente incompreendida. O controlo dos actos dos subordinados tinha como quase única e exclusiva motivação a destruição física do adversário. A atrição, o caos, o perigo e o stress eram exclusivamente de dimensão material numa lógica mecânica e também localizada. O essencial com referência ao ciclo de Boyd centrava-se na acção.

2ª Geração (até ao final da I Guerra Mundial)

A necessidade de maior coordenação e a introdução de um maior nível de complexidade nas operações militares levaram ao aparecimento dos Estados-Maiores e a uma maior acção dos comandantes intermédios, ainda que de modo muito limitado. O aparecimento de armas como a artilharia, que dominou os campos de batalha, através de efeitos físicos e psicológicos obtidos a partir de longas distâncias, introduziu um tipo combate sem a exclusividade do combate físico e com necessidades tecnológicas específicas. A obediência racional entre comandantes e subordinados tornou-se um elemento central da acção de comando, fundamentalmente de modo a obter a sincronização dos elementos técnicos e tácticos. Todavia, a relação entre subordinados e os seus comandantes pouco se alterou, tendo a iniciativa sido mantida como um efeito indesejado. A figura do comandante continuou a ser vista como distante e longínqua, acessível apenas ao Estado-Maior. A atrição, o caos, o perigo e o stress continuaram a ser predominantemente de dimensão material numa lógica mecânica e mas já não tanto localizada como na 1ª geração. O essencial com referência ao ciclo de Boyd centrava-se na relação entre a decisão e a acção.



Traços evolutivos do ambiente onde se exerceu e se exerce o comando

3ª Geração (até ao final da II Guerra Mundial)

O conceito de “auftragstaktik” revolucionou a maneira como era vista a iniciativa no período anterior e acentuou a sua importância em detrimento da obediência. A própria artilharia teve necessidade de se movimentar e de melhorar a sua precisão para acompanhar o ritmo das operações. Este facto teve, como consequência, uma certa tolerância para com o erro, num contexto de iniciativa dos escalões subordinados. O comando começou a ser percebido como uma liderança facilitadora, onde o Estado-Maior exerce uma dupla função de busca de soluções e de controlo da execução das ordens e onde o conceito de operação como ideia geral adquiriu um papel central. Após os anos 50, na perspectiva acções armadas de interesse comum, a iniciativa e a descentralização foram ainda mais fomentadas e os Estados nacionais passaram a valorizar mais o equilíbrio entre a obediência racional dinâmica e o papel do comandante maestro visionário que agora deveria ser capaz de lidar não só com uma maior dimensão geográfica, mas também com outros factores não exclusivamente militares. Todavia, o movimento veio transformar as noções de atrição, de caos e de perigo, pois ainda que a dimensão material do conflito continuasse a dominar, verificou-se que a lógica exclusivamente mecânica havia terminado, que os conflitos perderam a sua dimensão localizada e que o stress ganhou novas dimensões. O essencial com referência ao ciclo de Boyd centrava-se na relação entre conceito, decisão e a acção.

4ª Geração (A partir dos anos 90 do século XX)

O que muda na 4ª geração dos conflitos é a lógica de que a superioridade tecnológica é o garante do sucesso, do mesmo modo como foi nas gerações anteriores. Todas as verdades que identificamos na 3ª geração servem de base ao entendimento das acções militares de 4ª geração, se formos capazes de lhe introduzir um nível de incerteza nunca antes visto, em especial no que respeita ao adversário e aos meios que usa para produzir as suas acções. Os exércitos regulares enfrentam o maior dos seus desafios, pois ao mesmo tempo que têm que ser tecnologicamente aptos, têm que ser capazes de colocar massa crítica nos locais e nos momentos decisivos, massa crítica essa que seja dotada de autonomia, adaptabilidade, iniciativa e disciplina, factos que exigem uma revitalização da obediência militar, uma acentuação do controlo e o ressurgimento do comandante como um líder e não como um maestro cuja ausência física faz desafinar a partitura. A autonomia, a iniciativa, a capacidade para lidar com a incerteza e aproveitar as oportunidades de imediato, exigem uma disciplina, que, para além da mera obediência a ordens, se baseia em inequívocos conceitos e princípios de acção descontínua e com limitações de manobra e de fogos que impõem novas exigências de obediência racional. O essencial com referência ao ciclo de Boyd permanece na relação entre conceito, decisão e a acção, embora a observação comece a tornar-se essencial, sobretudo se considerarmos que o adversário deixou de se autonomizar pelo diferença de um uniforme, pode estar em qualquer lado e ganha frequentemente a iniciativa, ainda que de forma pontual.



5ª Geração (?)

Existem já referências a uma 5ª geração²⁰ que se irá centrar no imaterial e no intelecto, onde um dos contendores nem dará conta do seu envolvimento no conflito, como se tudo se passasse num ambiente perfeito, onde o adversário cede à vontade que lhe é imposta sem sequer dar conta que esse facto é fruto de uma acção armada (neste caso as armas não são necessariamente de efeitos “kinetic”. Mas ainda é muito cedo para especular sobre tal tendência, pelo que ficaremos pela 4ª geração.

2.1. As dimensões gerais do exercício de comando

*“Sucedará, nos dias que hão-de vir, (...) Não levantará a espada nação contra nação, Nem mais se hão-de preparar para a guerra”.
Isaías 2, 1-5*

*“Being a soldier is not easy. We are asked to do things not asked of other people. We have to be aggressive and strong in battle, yet behave properly and show self-control all the time...”
British Army Values²¹*

As dimensões gerais de comando não são enumeráveis racionalmente de modo exaustivo, uma vez que a doutrina militar nesta temática é complexa e está em permanente actualização. Abordaremos, portanto, as dimensões do exercício do comando, numa perspectiva aberta, sem deixarmos de procurar uma certa aproximação, mais ou menos abrangente no entendimento e na compreensão plena do conceito de comando.

Comandar não é apenas contextualizar um conjunto enumerável de verbos de acção tais como: chefiar, administrar, governar, conduzir, liderar, disciplinar²², educar, corrigir, ensinar,

²⁰ [Em linha]. [Acesso em 12 Dezembro de 2009]. <http://www.tdaxp.com/archive/2005/07/20/dreaming-5th-generation-war.html>

²¹ “All teams need discipline. In our line of work it is vital, ensuring that orders are carried out and everyone is confident that they will not be let down by their team mates. Self-discipline is the best form of discipline. It depends on high personal standards that earn soldiers the trust and respect of their team mates. It gives us the courage to make the difficult choices that we face in our career.” <http://www.army.mod.uk/join/terms/standards.aspx> [Em linha]. [Acesso em 13 Dezembro de 2009].

²² Disciplina Militar – Os principais traços na definição de disciplina militar são comuns a muitos ordenamentos militares. Estes traços apresentam a obediência e o padrão de comportamento, como elementos comuns. “Military Discipline - it is the training that develops self control, character, and efficiency and as the result of such training implies subjection to control exerted for the good of



doutrinar, punir, recompensar, coordenar, mandar, inspecionar, revistar, dirigir, observar, vigiar, controlar, zelar e agir. Comandar é exercer uma autoridade do tipo militar, que considera cada um destes atributos no momento e na quantidade adequada, adstritos à realização de uma certa finalidade legitimamente outorgada, também ela de natureza militar, isto é, em condições necessariamente especiais. O exercício desta autoridade, no estrito contexto das funções militares, pode designar-se por comando²³. Nesta perspectiva, ensina o General Belchior Vieira²⁴, que o conceito de comando tem uma dimensão holística, contendo em si próprio as ideias de chefia e administração. Comando é, segundo o mesmo autor, o exercício de uma autoridade formal para dirigir, controlar e coordenar forças militares e que contém a correspondente responsabilidade. Podemos, portanto, deduzir que ao conceito de

the group. It is the state of order existing within a command". [Em linha]. [Acesso em 13 Dezembro de 2009]. <http://www.dlsu.edu.ph/offices/sps/rotc/pdf/ms1/military-courtesy.pdf>. Uma outra concepção é dada por I. N. Volkov Military Thought, March-April, 2002 nos seguintes termos: "Disciplina é uma forma especial de relações entre militares... Disciplina militar é o estabelecimento e manutenção de uma ordem no seio das Forças Armadas, através do estrito e escrupuloso cumprimento por todos os militares das regras e dos padrões de comportamento prescrito pelas leis, regulamentos militares e pelas ordens dos comandantes ou superiores hierárquicos [Em linha]. [Acesso em 13 Dezembro de 2009]. <http://www.encyclopedia.com/doc/1G1-89021709.html>". Ainda uma outra definição de disciplina no seu sentido mais lato, que nos é oferecida por José Saraiva Augusto, Jornal do Exército n.º 561, p. 51, Abril de 2007: "ao conceito de "disciplina" far-se-á equivaler a aptidão consciente de um sujeito para controlar um determinado comportamento, de forma a respeitar as regras instituídas e/ou a conseguir os resultados estabelecidos." Entre nós, o Regulamento de Disciplina Militar aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de Julho que aprova o Regulamento de Disciplina Militar dedica quatro artigos ao conceito de disciplina nos seguintes termos: Artigo 1.º (Valores militares fundamentais) A organização e a actividade das Forças Armadas baseiam-se nos valores militares fundamentais da missão, da hierarquia, da coesão, da disciplina, da segurança e da obediência aos órgãos de soberania competentes nos termos da Constituição e da lei. Artigo 2.º (Disciplina militar) A disciplina militar garante a observância dos valores militares fundamentais, no respeito dos princípios éticos da virtude e da honra inerentes à condição militar. Artigo 3.º (Sentido da disciplina militar) 1 — A disciplina militar é o elemento essencial do funcionamento regular das Forças Armadas, visando a integridade da sua organização, a sua eficiência e eficácia, bem como o objectivo supremo de defesa da Pátria. 2 — A disciplina militar é condição do êxito da missão a cumprir e consolida-se pela assunção individual dessa missão, pela natural aceitação dos valores militares fundamentais e pelo sacrifício dos interesses individuais em favor do interesse colectivo. 3 — A disciplina militar resulta de um estado de espírito colectivo assente no patriotismo, no civismo e na assunção das responsabilidades próprias da condição militar. Artigo 4.º (Conteúdo da disciplina militar) A disciplina militar consiste no cumprimento pronto e exacto dos deveres militares decorrentes da Constituição, das leis e dos regulamentos militares, bem como das ordens e instruções dimanadas dos superiores hierárquicos em matérias de serviço. No sítio da Academia Militar (Lisboa) encontramos um outro conceito de disciplina de Moniz Barreto: «Cumprir fiel e oportunamente as leis, regulamentos, ordens e na ausência destes ter a iniciativa, que esteja dentro do espírito da lei existente e de acordo com a deontologia militar. O desafio de impor a si próprio o rigor da disciplina é obra de heróis e de santos ...» «É um estado de espírito baseado no civismo e patriotismo, que conduz voluntariamente ao cumprimento individual ou em grupo da missão que cabe às Forças Armadas.» «Um as casas existem no nosso reino, onde os homens vivem em comum, comendo do mesmo alimento, dormindo em leitos iguais. De manhã, a um toque de corneta se levantam para obedecer, de noite a outro toque de corneta se deitam obedecendo...» [Em linha]. [Acesso em 13 Dezembro de 2009]. <http://www.academiamilitar.pt/disciplina.html>

²³ Comando — Nos termos do Regulamento de Campanha e Operações, Estado-Maior do Exército, 2005, p 1, Capítulo 2, ponto 202, Comando define-se como a autoridade investida num militar para dirigir, coordenar e controlar uma força militar. Pode ser descrito como o processo pelo qual um comandante impõe a sua vontade e intenções, sobre os seus subordinados, tendo em vista o desencadear de uma qualquer acção. Compreende, a autoridade e a responsabilidade de projecção e atribuição de forças, no cumprimento das suas missões.

²⁴ Liderança Militar, Academia Militar, 2002, p 14.



comando estão associadas as ideias de aplicação e controlo de recursos²⁵, de autoridade²⁶ e de responsabilidade de realização de uma determinada finalidade legítima, nas condições específicas de um ambiente mais difícil/hostil, que requerem como característica essencial, uma organização e uma acção do tipo militar. Neste mesmo sentido, exara o Estatuto dos Militares das Forças Armadas Portuguesas²⁷ (EMFAR) ao afirmar que o militar ao desempenhar as funções de comando exerce, não só o poder de autoridade inerente as essas funções, como também a correspondente competência disciplinar e, é individualmente responsável pelos seus actos²⁸. Comandar é, portanto e em síntese, exercer de modo responsável/responsabilizável, um determinado tipo de autoridade militar (especialmente através de instrumentos como a liderança e a disciplina) sobre uma organização de natureza especial, autoridade essa que visa a realização de um fim legítimo.

O exercício do comando, em qualquer escalão, pode caracterizar-se, segundo o nosso ponto de vista, pela existência de uma dimensão institucional e técnica, uma dimensão relacional e, de uma dimensão individual. Isto é, consideraremos ao longo deste capítulo que,

²⁵ Meios humanos, materiais e temporais.

²⁶ A autoridade hierárquica é a fonte de legitimidade do exercício do poder que permite a decisão. Autoridade define-se (Marcelo Caetano, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, 1977, p 47.) como a supremacia de uma vontade sobre as outras, traduzida no poder de unilateralmente traçar uma conduta a outrem que está sujeito ao dever de acatar. Há, no essencial, dois domínios complementares, a partir dos quais se pode exercer o poder. Em primeiro lugar, podemos identificar um domínio formal, que resulta da designação para o cargo e da própria fruição do cargo, nos termos requeridos pelas regras aplicáveis. Este domínio formal patrocina uma legítima capacidade de decisão e impõe a correspondente, responsabilidade de comando (n.º 2 do artigo 9º da Lei n.º 11/89, de 1 de Junho). Esta autoridade é afirmada, em particular, na cerimónia de posse do comando, nos despachos diários, através da competência disciplinar, na execução de formaturas, na difusão das ordens escritas, no uso de distintivos e condecorações, na prestação de honras do cerimonial militar, na concessão de dispensas, entre outros aspectos. Em segundo lugar, esta autoridade hierárquica formal, necessita de um reforço que, sem afectar a responsabilidade individual do comandante, mantém, encorpa, transforma e amplifica a legitimidade inicial. Este reforço de autoridade, designamos por autoridade funcional, uma vez que é ela que faz efectivamente perdurar no tempo a autoridade hierárquica formal inicial. A autoridade funcional não resulta da titularidade do cargo, mas da maneira como é exercida essa titularidade, sendo desenvolvida com particular acuidade através da afirmação, designadamente das ordens verbais, do equilíbrio das decisões, da perspectiva global, do conhecimento detalhado dos problemas, do domínio da emotividade, da presença, do saber técnico, do exemplo, da disponibilidade, da gestão da imagem. A autoridade exerce-se e operacionaliza-se através da decisão, da descentralização e da realização do dever de controlo. Todavia, no contexto puramente militar, o mais importante quando se decide, não é a qualidade da decisão, mas a sua oportunidade (Blackwell e Bozek, 1999 in *Liderança para o novo milénio. Military Review*, 1º quarter, p 23), em especial em situações de grande intensidade, uma vez que um bom plano executado com impetuosidade no momento, é melhor que um plano perfeito, a ser realizado em momento mais tarde. Assim, a autoridade adquire-se e, no momento seguinte, mantém-se e desenvolve-se pela qualidade e eficiência do seu exercício.

²⁷ Decreto-Lei n.º 236/99, de 25 Junho, com as alterações e rectificações introduzidas pela Declaração de Rectificação n.º 10-BI/99, de 31 Julho, Lei n.º 25/2000, de 23 Agosto, Decreto-Lei n.º 232/2001, de 25 Agosto, Decreto-Lei n.º 197-A/2003, de 30 Agosto, Decreto-Lei n.º 70/2005, de 17 Março e Decreto-Lei n.º 166/2005, de 23 Setembro.

²⁸ Em certas circunstâncias pelas suas omissões e pelas ordens que emana ou pelo que delas resultar, como se deduz do artigo 48º do Código de Justiça Militar Português.



qualquer tarefa imputável ao exercício da autoridade de comando, pode ser associada a uma destas três dimensões. Todavia, importa sublinhar que, cada uma destas dimensões pode ter um impacto diferente quando detalhada, tendo em consideração o escalão de comando a que é exercida. Isto é, por exemplo, aos baixos escalões as dimensões técnica, individual e relacional têm um maior impacto no modo como se exerce a autoridade e, pelo contrário, regra geral, a dimensão institucional tende a acentuar-se no desempenho do comando aos mais altos escalões. A dimensão institucional e técnica engloba atributos de autonomia, participação, abrangência e complexidade. A dimensão relacional contém atributos da liderança e, finalmente, a dimensão individual abrange os atributos éticos e deontológicos. Vejamos pois, mais em detalhe, cada uma destas dimensões.

2.1.1. A dimensão institucional e técnica

“Success depends upon the new mentality of the staff members, together with the commander that is aware of the importance of his role, but does not consider his person central in the search for the «end state»”.

Mário de Oliveira Cardoso²⁹

No que respeita à dimensão institucional e técnica, podemos destacar a autonomia como um dos seus atributos principais. Na verdade, a autonomia deriva do facto de, neste tipo funções, se requerer uma ampla capacidade para pensar por si próprio e de se auto determinar relativamente às escolhas necessárias à realização da finalidade, isto é, ao cumprimento da missão. O exercício da autoridade de comando, até ao momento da tomada da decisão, não é uma jornada solitária. A autoridade de comando pressupõe uma permanente partilha de informação de forma a sustentar um raciocínio lógico que evolui ao longo do tempo e com o esclarecimento da situação. Esta autoridade de comando exige autonomia, exigência esta que

²⁹ O Tenente-General Mário de Oliveira Cardoso, 2º Comandante do NATO Joint Command Lisbon (2006-2008) numa intervenção proferida na Senior Fusion Conference (Bruxelas, Janeiro de 2007).

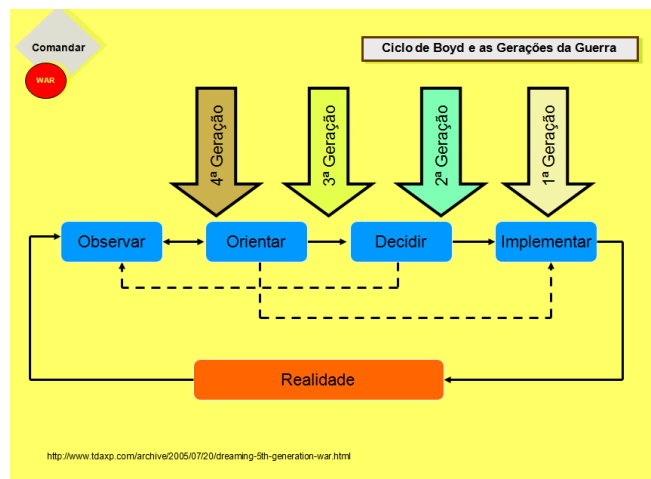


é particularmente evidente, logo que percorrido todo o ciclo de trabalho de Estado-Maior³⁰ ao longo do processo de decisão e é chegado o momento de optar por uma das diferentes possibilidades de resolução do problema – a escolha da modalidade de acção eleita entre as várias possíveis. A autonomia incorpora competências cognitivas que podem ser traduzidas em três tipos de “saberes”: técnico, empírico e transversal. O primeiro, isto é, o saber técnico é particularmente exigente, no caso dos baixos escalões, uma vez que é nestas unidades que o comandante se afirma directamente perante os seus subalternos. Ao comandante é necessário saber fazer e saber a razões do fazer, bem como estar disponível para aprender fazendo e aprender a fazer fazer. O segundo, ou mais propriamente, o saber empírico, reflecte uma espécie de secularização, que tem por base a vivência, o respirar uma certa cultura organizacional, o conhecer determinadas maneiras de encarar o quotidiano castrense, o praticar procedimentos de uma determinada forma sem uma razão aparente e o discernir as consequências de cada um dos seus actos. Estes saberes são o ditos saberes de «caserna», “da velhice” e do “sempre assim se fez” que, embora não escritos, podem pesar no exercício do comando. Finalmente, o saber transversal, isto é aquele que não sendo específico da profissão militar, é facilitador do seu exercício: o domínio de línguas estrangeiras, das tecnologias de informação, a cultural geral, o saber estar, um certo sentido de discrição ou reserva, entre outros. Mas autonomia não é, em momento nenhum, sinónimo de alheamento, solidão ou individualização. Neste sentido, as diversas directivas de planeamento que orientam e, por vezes determinam e condicionam o trabalho do Estado-Maior, não reduzem a autonomia ao momento da decisão, mas transportam-na a todo o processo de planeamento que, por

³⁰ Estado-Maior: quando um componente militar (uma força) atinge um volume razoavelmente desenvolvido, o exercício do comando requer, devido ao número de tarefas inerentes e ao nível da sua especialização, que cada comandante seja auxiliado por um grupo de indivíduos, com responsabilidades específicas (ver ponto 245. Funções de Estado-Maior – Regulamento de Campanha e Operações, capítulo II, p. 18), cuja denominação atribuída é a de Estado-Maior. O Estado-Maior fornece informações e estudos ao comandante aconselhando-o sempre que solicitado, bem como controla a execução das ordens em nome do comandante. Uma das funções mais importantes do Estado-Maior é transformar os planos em ordens e supervisionar a execução dos mesmos, executando e propondo medidas de controlo de acordo com as instruções do comandante. De acordo com as necessidades operacionais podemos considerar todos ou alguns dos seguintes três tipos de Estado-Maior (seguimos a doutrina americana, aliás como segue a maior parte dos exércitos europeus, expressa pelo modelo do Field Manual 101-5, Capítulo 2 p. 2): Estado-Maior coordenador (cuja função é a de coordenação geral), Estado-Maior especial ou técnico (cuja função é a de coordenar aspectos técnicos ou específicos de âmbito mais restrito do que o Estado-Maior coordenador) e ainda o Estado-Maior pessoal escolhido pelo comandante (cuja função é a de auxiliar o comandante em assuntos pessoais ou relativos a certas funções muito específicas).

definição, é interactivo e coloca o comandante militar em permanente contacto, cada comandante, com o seu Estado-Maior. A decisão é, em regra, uma consequência natural do processo de planeamento suportado, em cada uma das fases, por um conjunto de produtos que a sustentam, produtos esses, que são o resultado do estudo de diferentes equipas dentro do Estado-Maior. A autoridade de um comandante, em especial os escalões altos e intermédios, exerce-se para e através do seu Estado-Maior, para quem conceito geral do comandante se constitui como um guia. Note-se com particular ênfase que o modelo de decisão dos Exércitos da Aliança Atlântica e de muito outros exércitos ocidentais, tem como referência o ciclo de John Boyd (1970).

Este ciclo é constituído por diferentes fases (observação, orientação, decisão e acção), mas cada fase é acompanhada por um conceito geral sob a forma de directiva de planeamento e ainda através do



envolvimento directo do comandante. O ciclo de John Boyd permite, entre outras coisas, quando devidamente aplicado, não só um acompanhamento de controlo ao longo da evolução do processo de planeamento, por parte do comandante, como também uma adaptação contingencial às circunstâncias do momento, de modo a obter decisões consistentes. Um artigo publicado em 1997 pelo United States Naval Institute, Franklin C. Spinney³¹, destaca, em especial, a capacidade do ciclo de Boyd para a apreensão das circunstâncias externas sobre as quais a decisão deverá incidir. Assim, a autoridade que se exerce através da decisão não pode ser inesperada ou percebida pelo Estado-Maior como uma surpresa, uma vez que exige participação e autonomia do comandante.

Na verdade, os conflitos modernos, em especial aqueles que se desenvolvem em cenários de estabilização, parecem requerer uma nova mentalidade dos comandantes militares e do seu

³¹ [Em linha]. [Acesso em 2 de Outubro de 2007]. Disponível em www.wegpages.uidaho.edu/~mbolin/bridges2.htm.



Estado-Maior, uma vez que quer o conceito, quer a participação, quer ainda a autonomia, não podem ser vistas numa perspectiva de centralidade pessoal, mas numa perspectiva de orientação, troca e acompanhamento contínuo. A autonomia, ao contrário do que se possa pensar, não permite a individualização da autoridade, permite, isso sim, a assumpção do risco que a autoridade de decisão sempre comporta. A separação entre um comandante militar e o seu Estado-Maior e a sua cadeia de comando fará com que a decisão seja percebida como uma surpresa, sendo este um dos primeiros sintomas de falta de controlo. Esta ligação, esta presença, este exercício de envolvimento constante, é uma das ferramentas do dever de conhecer, cuja necessidade aumenta sempre que uma determinada força se vir envolvida em operações de natureza humanitária e de apoio à paz, uma vez que são estes tipos de missões aquelas que exigem um maior controlo da conduta dos subordinados, no sentido da preservação e aprofundamento do consentimento.

Ainda dentro da problemática da dimensão institucional e técnica, a abrangência e complexidade estão relacionadas, não só com a exigência do tratamento de diferentes problemas em simultâneo, como também com o facto de o comandante ser responsável pela preparação dos elementos do Estado-Maior que detêm a responsabilidade de aconselhar quanto aos diferentes problemas, durante as fases de aprontamento da unidade militar, planeamento e conduta das operações. Muito da complexidade está depositada no ambiente difícil, específico, hostil, exigente, não natural, descontrolado e altamente stressante, pelo que importa observar alguns indicadores de comportamento, sempre presentes no exercício da autoridade do comando: a rotina - requer iniciativa; o comum - requer imaginação/ inovação; o inesperado - requer adaptação e improvisação; a incerteza - requer cenarização e maior autonomia; os objectivos contingenciais da hierarquia - requerem flexibilidade e visão do interesse comum/legítimo; os casos recentes - requerem avaliação; a ameaça de autoridades divergentes - requer maior controlo da informação, maior divulgação da visão e maior assertividade; o boato - requer intensificação da comunicação; o desânimo - requer reconhecimento; a apatia - requer descoberta; a aceleração do tempo - requer delegação, planeamento e controlo da execução; a falta de clareza da situação - requer informação sobre



situação e ou sobre as agendas escondidas; as missões operacionais - requerem maior enquadramento, sacrifício e disciplina; as missões de treino - requerem compromisso, dedicação e empenhamento e as missões honoríficas - requerem garbo, brio e sincronização.³²

Nesta perspectiva institucional e técnica, a complexidade do exercício do comando coloca-se, não só no facto de serem múltiplos os factores a ponderar, como também na necessidade de tomar decisões racionais num ambiente caótico, onde urge visualizar o essencial e ponderar as oportunidades. Se é verdade que um Estado-Maior permite libertar o comandante militar do rotineiro para que este se possa concentrar naquilo que é determinante em cada momento de uma operação militar, também é verdade que só a comunicação das intenções e só o desenvolvimento de uma confiança pessoal podem permitir a assumpção de que os detalhes estão a ser executados de acordo com o conceito. Sendo o factor humano essencial ao exercício do comando, há necessidade de tempo para desenvolver relações de confiança, pois só assim se pode construir uma verdadeira equipa de comando.

Estes atributos de abrangência e complexidade apresentam-se correlacionados e interdependentes e inferem uma necessidade de acomodação das perspectivas institucional e individual, que melhor conduzam ao resultado desejado, isto é, à realização da finalidade legítima. A abrangência resulta do exercício das competências específicas em vários domínios, como são exemplo a disciplina, o treino, os procedimentos e práticas de comando, os instrumentos de comunicação interna e externa, a cultura organizacional, os deveres de administração e gestão, bem como o próprio conhecimento do procedimento técnico. Comandar é, na verdade, sob esta perspectiva, exercer uma autoridade pública, através de uma equipa multidisciplinar, equilibrada e sincronizada, capaz de lidar com a abrangência e a complexidade, capaz de agir disciplinada e controladamente na realização de um tarefa legítima em condições ambientais de turbulência, adversidade e caos.

³² Baseado em Francisco José Leandro - 'Um modelo para o exercício do comando ao escalão bateria, *Jornal do Exército* n.º 553, (Julho de 2006).



2.1.2. A dimensão relacional

“Leadership is about drawing people to do things otherwise they would not do by themselves”.

FM 22-100³³

Em segundo lugar, analisaremos a dimensão relacional. Recordemos os ensinamentos do Major Armando Paschoa³⁴ que, num esforço sintético afirma: “comandar é agir”. Comandar, neste sentido, não é apenas o mero exercício de uma autoridade formal, que faz realizar o expectável, o habitual, o rotineiro, aquilo que é obrigação, aquilo a que se está formalmente obrigado. Dirige-se, isso sim, à conquista do melhor de cada indivíduo, catalizando adesão, fermentando uma unidade moral, actuando como um multiplicador e permitindo fazer melhor ou fazer diferente e este facto identifica o atributo da liderança. Temos estudado diferentes definições do termo.³⁵ O que procuraremos, neste contexto, é apenas identificar uma breve síntese de cada um delas. Assim, consideramos que “os líderes não são apenas os grandes heróis da história, mas podem ser pessoas comuns”³⁶ que, ao aprenderem certas maneiras de agir, tornar-se-ão olhadas de modo especial, com carisma, com prestígio, isto é, como se possuíssem qualidades sobre humanas, qualidades essas que são susceptíveis de desencadear movimentos de atracção/aceitação em direcção a elas próprias percebidas como líderes.

Tem sido possível identificar alguns traços comuns a todas essas pessoas carismáticas que se tornaram famosas.³⁷ Tendo em conta a teoria dos traços, bem como a definição apresentada, vejamos pois algumas referências para liderar. Liderar é, antes de tudo, transmitir reconhecimento, conhecer e respeitar³⁸ os subordinados, percebendo quem são e

³³ Field Manual (FM) 22-100 - Army Leadership, Headquarters Department of the US Army.

³⁴ Ética Militar – Subsídios para o seu Estudo, 1953, p. 173.

³⁵ Vilas leitão, Matriz de Liderança para o Século XXI, Jornal do Exército, n.º 536, 2005, p. 12.

³⁶ Paulo Roberto de Mendonça Motta - Gestão contemporânea: a ciência e a arte de ser dirigente. Rio de Janeiro, Record, 1991.

³⁷ Entre os traços comuns detectados revelaram-se mais influentes os seguintes: a apresentação (aparência), a coragem, a capacidade de decisão, a confiança (segurança), a capacidade de resistência, o entusiasmo, a iniciativa, a integridade, o discernimento, o espírito de justiça, a competência, a lealdade, o tacto e a generosidade.

³⁸ Para Kant, respeitar implica agir no determinado sentido e abster-se de agir noutro sentido; implica conceder autonomia a essa pessoa relativamente ao seu próximo; implica reconhecer o seu valor único como pessoa (Hfinman, 1994, p 209).



o que desejam³⁹; é confiar na equipa e nos indivíduos que a compõem; é comunicar valores, ideias, hábitos e convicções; é ser ambulante, estando próximo nos momentos importantes ou decisivos. Liderar é dar espaço para a iniciativa, de modo a descobrir e usar o poder dos indivíduos. Liderar não é agradar a todos, nem sequer à maioria, mas é fazer acontecer as coisas reconhecidamente certas. Liderar não é escolher um estilo pessoal⁴⁰ nas relações interpessoais, mas é adaptar um estilo adequado a cada situação, tal como um jogador de golfe adapta o ferro às condições do momento. Liderar é reconhecer, motivar e satisfazer expectativas, intuindo sobre a relação entre as pessoas e a realidade. Liderar é renovar continuamente a coragem⁴¹, é fazer a diferença quando a diferença é importante. Liderar é, a guisa de conclusão, utilizar com alma e condão (influência benéfica) as ferramentas da lealdade, do dever, do respeito, da abnegação, da honra, da integridade, da confiança e da coragem⁴², de modo a produzir uma corrente psicológica que gere um potencial de crescimento exponencial do capital humano, corrente essa que impulsione uma acção.

A ideia de acção encaminha-nos para o contexto das especificidades genéticas da profissão militar, comportando um certo resultado da aplicação dos recursos, através de um processo de influência, que ultrapassa o uso mero exclusivo da autoridade formal ou investida. Comandar é, em consequência, fazer com que cada um se ultrapasse a si próprio, nas condições específicas da profissão. Comandar é partilhar como forma de realizar valores. Por outras palavras, comandar é saber ser, é liderar para fazer acontecer. O atributo da liderança não se exerce apenas numa perspectiva imaterial. Os “saberes” são hoje um aspecto central da dimensão material da liderança, muito em particular nos escalões mais baixos. O saber técnico gera condições de confiança que são também um campo muito fértil para a liderança. Uma vez vencidas as exigências inerentes ao saber técnico, parece surgir um orgulho natural, cuja base sustentamos ser apenas um sentimento de diferenciação positiva. Para além da

³⁹ O comandante deve conhecer certos aspectos pessoais dos seus subordinados mais próximos, tais como aniversário, família e filhos, nome próprio, expectativas, preferências pessoais sobre aspectos da vida privada, preocupações permanentes com impacto emocional.

⁴⁰ Entre os diversos estilos estão os seguintes: apoiante, contido, controlador, emotivo, participativo, negociador ou directivo.

⁴¹ Blackwell e Bozek - Liderança para o novo milénio. *Military Review*, 1st quarter, 1999, p. 25.

⁴² Goldman - Caminho certo para o desenvolvimento do carácter. *Military Review*, 1st quarter, 1999, p. 52.



competência técnica, há todo um conhecimento que se transmite através da experiência, e que se traduz num conjunto de práticas não escritas, de percepções vividas, de ocorrências passadas, de ligações emocionais, de maneiras de fazer, de razões inconscientes, de agendas escondidas e de automatismos não racionalizáveis, cujo domínio se torna importante para quem comanda. O exercício da autoridade do comando pressupõe não só a existência de uma vontade e uma dedicação pessoal intensa que produza uma energia dirigida e empreendedora, traduzida numa espécie de impulsão realizadora, como requer também uma clara definição da missão e das prioridades das tarefas a ela associadas e uma contínua orientação e acompanhamento pelo escalão superior. Comandar é também respirar as circunstâncias, interpretar os sinais, adoptar uma postura de flexibilidade, evitar a turbulência e comunicar para diminuir o ruído. Comandar, nesta perspectiva, é aplicar impulsos adaptados ao ambiente e dirigidos à realização das tarefas que suportam a missão, através da palavra e do exemplo. Liderar é ser capaz de saber o que está a acontecer em cada momento, através do desenvolvimento de instrumentos de confiança moral, de comunicação e de conquista das pessoas.

Finalmente, duas referências obrigatórias: a disciplina e a obediência⁴³. A essência da liderança traduz-se, na nossa perspectiva, na adopção de posturas e comportamento especialmente diferenciados de um determinado indivíduo, cujo resultado prático sobre os outros indivíduos do seu grupo se traduz no desenvolvimento, por parte destes últimos, de uma determinada aptidão consciente para o controlo de certos comportamentos, ou, se se quiser, uma determinada vontade individual para realizar. O líder é aquele que mantém o controlo, quando todos o tendem a perder e, através dessa postura, gera novas aptidões e novas vontades de auto-controlo nos membros do seu grupo. Assim, a liderança é o atributo decisivo para se obter uma plena aplicação dos conceitos de disciplina e obediência, ambos de base voluntarista e racionalista.

⁴³ A noção de “obediência” é aqui entendida como a capacidade voluntária de um indivíduo obedecer, derivada da sujeição a uma autoridade hierárquica, dela se excluindo, naturalmente, os comportamentos da vacilação da vontade, quaisquer práticas de vassalagem e os fenómenos de submissão (José Saraiva Augusto, O valor económico do comportamento no contexto da instituição militar, *Jornal do Exército* n.º 561, Abril de 2007, p. 51).



2.1.3. Dimensão pessoal ou individual

*“La razón, ley suprema del espíritu,
ha de ser constante y esencial”.*

José Julián Martí y Pérez (1853-1895)⁴⁴

Em terceiro e último lugar, a dimensão individual revela-se através de atributos morais, éticos e deontológicos⁴⁵. Este é o contexto da perspectiva do “eu” e da essência da profissão, na sua sustentação, numa perspectiva de escolhas livres que conduzam ao bem-estar pessoal. Trata-se, por um lado de um reflexão pessoal permanente sobre o descobrir da essência da profissão e do seu confronto com as convicções íntimas. Quando nos referimos à moral dirigimo-nos às regras e aos padrões pessoais de reflexão e conduta, que são reconhecidos ao comandante como ser individual, os quais incluem, em regra, os valores da família, os religiosos e os filosóficos⁴⁶. Em particular, entendemos por moral, tal como fez Aristóteles na Ética a Nicómaco, a busca da felicidade, do bom e do sentir-se bem consigo próprio, atributos estes que constituem bens finais para o homem. A moral identifica o Bem e o Mal, de acordo com a consciência individual. Os instrumentos que permitem alcançar a felicidade, o bom e o bem, são as virtudes, isto é, especiais disposições da alma, que envolvem o que sentimos e o que fazemos, para procurar um sentido nas coisas, sentido esse que é definido pela razão.⁴⁷ Para um comandante, não enquanto militar, mas enquanto ser humano, as virtudes⁴⁸ essenciais são as seguintes: coragem (enfrentar e ultrapassar os nossos medos, os perigos ou a adversidade física e moral), a tolerância (reconhecer a diferença e construir), a compaixão (sentir e agir), o amor-próprio (conhecermo-nos e agir para connosco no sentido do desenvolvimento pessoal) e a

⁴⁴ Inscricção gravada no edifício do Capitólio em Havana (Cuba) no Salon Martí, recolhida pelo autor em 2007.

⁴⁵ Belchior Vieira, *Liderança Militar*, Academia Militar 2002, citando o Capitão Capelão Luís Cupertino, professor de Deontologia Militar na Academia Militar, em “Deontologia Militar”, Academia Militar (Reedição de 1985), p. 23: “a deontologia militar é a ciência que trata da aplicação das regras gerais da moral no caso concreto da profissão das armas, descrevendo e justificando a conduta do bom soldado, não porém ao nível das prescrições legais, mas sim das exigências da sua natureza de homem. Em síntese, a deontologia militar será a ciência dos deveres morais dos militares”. Disponível em formato papel e em https://dspace.ist.utl.pt/bitstream/2295/168161/1/%28Livro_Lideran_Militar_GEN_Belchior_Vieira%29.pdf. [Em linha]. [Acesso em 13 de Dezembro de 2009].

⁴⁶ Ética e valores militares, Brinsfield, *Military Review*, 1st quarter, 1999, p. 40.

⁴⁷ *Ethics: a Pluralistic Approach to Moral Theory*, Hinman, 2003, p. 277.

⁴⁸ Virtude moral é um hábito de fazer as coisas rectas, Desidério Manuel Vilas Leitão - *Uma Reflexão Sobre a Ética Ocidental*, Academia Militar, 2003, p. 18.



lealdade (atitude de solidariedade que se manifesta na verdade e na fidelidade à responsabilidades assumidas). O conjunto das virtudes e convicções próprias da pessoa enquanto indivíduo definem o carácter.

Quando nos referimos à Ética ou Filosofia Moral, estamos a olhar o problema da reflexão individual e consciente (através da livre razão) sobre as nossas próprias convicções morais para apoiar valores⁴⁹. Ora, o problema do exercício do comando coloca-se essencialmente no plano dos princípios, regras e padrões de conduta apropriados e definidos por uma organização ou uma profissão – este acervo, designamos por deontologia.⁵⁰ Neste sentido, a essência da realização dos valores da profissão identificados pela condição militar é atingida através das virtudes militares, em especial na realização dos actos que contribuem para o desenvolvimento dessa mesma profissão. A deontologia militar fornece o caminho pelo qual as virtudes individuais se podem desenvolver, na perspectiva da profissão militar. Estas virtudes têm por particular atributo o facto de pressuporem uma subalternização do interesse individual em razão de outros valores colectivos, como é exemplo o valor do bem-estar comum. Daqui resulta o facto da profissão militar ser caracterizável por uma matriz próxima da ética kantiana, com alguns traços aristotélicos ou, outra forma, a matriz da profissão militar tem como elementos centrais o dever e o respeito, relevando, no entanto, o carácter e a intenção com que são praticados os actos. Nesta perspectiva, a condição militar traduz a essência da profissão, em particular através da definição dos seus valores e surge como um manancial de referências para o desenvolvimento das virtudes militares. De outro modo, se assim se desejar, a condição militar apresenta-se como uma caracterização compreensiva da profissão, através de valores. No caso muito particular do Exército Português, podemos sintetizar assim essa caracterização: lealdade - fé e fidelidade à nação, à sua unidade, ao seu chefe e aos seus camaradas – (alínea b) do artigo 15º do EMFAR); dever/disciplina/coesão/obediência - cumprir as suas obrigações e respeitar os seus superiores, camaradas e subordinados - (artigo 12º do EMFAR e artigo 4º da Lei n.º 11/89, de 1 de Junho); subordinação - ao interesse

⁴⁹ United States Field Manual 22-100.

⁵⁰ Ética e valores militares, Brinsfield, Military Review, 1st quarter, 1999, p. 40.

nacional e à hierarquia - (alínea a) do artigo 2º da Lei n.º 11/89, de 1 de Junho); disponibilidade - condição que confere presença física e mental em todas as situações - (artigo 14º do EMFAR e alíneas b) e f) do artigo 2º da Lei n.º 11/89), dedicação - colocação do zelo e aptidão ao serviço da missão - (artigo 13º do EMFAR); espírito de serviço (atitude individual e livre de contribuição para os objectivos da organização); risco - sujeição, com sacrifício pessoal, à possibilidade da ocorrência de danos físicos, resultantes da execução de tarefas - (artigo 9º do EMFAR e alínea c) do artigo 2º da Lei n.º 11/89); tutela - zelo pelos interesses dos seus subordinados - (artigo 11º do EMFAR); restrição de direitos - condição jurídico-estatutária especial - (alínea g) do artigo 2º da Lei n.º 11/89); integridade/prestígio - fazer o que é legal, deontológico e moral de modo a merecer consideração pública - (alínea a) do n.º 2 do artigo 15º do EMFAR e alínea h) do artigo 2º da Lei n.º 11/89) e abnegação - colocar o bem da nação, do serviço e dos seus subordinados à frente do seu - (n.º 1 do artigo 14º do EMFAR e alínea f) do artigo 2º da Lei n.º 11/89).

A prática das virtudes militares, com base nos valores da condição militar, conferem honra, isto é, consideração pública daquele que pratica a virtude e, desse modo, engrandece e dignifica a própria profissão. É nesta perspectiva que surgem certos símbolos de dignificação pública da profissão militar, como sejam as medalhas e certos distintivos, que mais não são de formas alternativas de motivação e de reconhecimentos público, não directamente relacionáveis com vantagens materiais. Como culminar do que ficou dito, observe-se a caracterização da Medalha de Mérito Militar no caso Português (artigo 20º do Decreto-Lei n.º 316/2002, de 27 de Dezembro): “destina-se a galardoar os militares que revelem excepcionais qualidades (humanas) e virtudes (militares), pela afirmação constante de elevados dotes de carácter, lealdade, abnegação, espírito de sacrifício e de obediência e competência profissional” ou, de outro modo, distinguir uma singular prática de virtudes que engrandecem a profissão militar.

Assim, comandar constitui um exercício permanente de auto-confronto, no sentido de uma reflexão sobre as convicções individuais, numa procura de sossego e apaziguamento da consciência. A decisão é um dos atributos da autoridade que, por vezes, opera em conflito de



valores e cujo exercício requer um esforço pessoal de confronto consigo próprio, onde a aplicação dos fundamentos éticos deve conduzir ao bem-estar e à tranquilidade individual.⁵¹ Comandar é, em consequência, exercer competências técnicas e decidir com fundamento, em consciência e equilíbrio. Nesta perspectiva revela-se muito em particular o domínio dos valores institucionais, onde a condição militar, no caso nacional, está identificada nas Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar⁵² e no Estatuto dos Militares das Forças Armadas, que constitui o seu expoente máximo. A condição militar⁵³ é um elemento caracterizador da acção do comandante como aplicador de recursos, com vista à realização de tarefas que contribuem para a missão. A condição militar traduz-se, nesta perspectiva, num conjunto de atributos profissionais, genéticos e definidores, que têm uma base axiológica distintiva de outras profissões, e que servem de referencial permanente ao exercício da autoridade de comando. Comandar é, nestes também, exercer autoridade no contexto dos valores da profissão militar. Ora, nesta perspectiva da dimensão individual, coloca-se no confronto sobre o conflito de valores, conflito este que requer uma abordagem pluralista, tendo por base a avaliação dos actos e do agente que os pratica. Neste contexto, importa referir quatro abordagens complementares: Immanuel Kant, que defendeu uma ética baseada no dever, Aristóteles e a sua ética valorativa do carácter, John Lock e Robert Nozick que valoriza o fundamento ético dos direitos e, finalmente, Bernard Williams e John Rawls, cujo consequencialismo se cruzou com a ideia de responsabilidade individual, numa perspectiva de certos limites.

⁵¹ A tranquilidade ou intranquilidade pessoal relaciona-se com o elemento volitivo. Este elemento afere-se pelo conteúdo da vontade, seja ela individual (a vontade tem origem e fim no próprio indivíduo) ou funcional (acção em função da vontade que tem origem no indivíduo, mas encontra o seu fim no dever). Há uma vontade na acção (que faz) e há também uma vontade na declaração (que faz fazer). Esta vontade, traduz-se no querer, na tenacidade, no nível de compromisso, na paixão, na dedicação e na intenção de realizar ou produzir certos efeitos práticos que concretizam tarefas e contribuem para o cumprimento da missão. Este elemento tem a sua expressão prática numa certa energia e num conjunto de sinais de paralinguagem que expressam o nível de adesão pessoal à tarefa - Um modelo para o exercício do comando ao escalão bateria, *Jornal do Exército* Ano XLVII – nº 553 – Julho de 2006. [Em linha]. [Acesso em 16 de Dezembro de 2009]. (ver p. 9 da edição on line) http://www.exercito.pt/porta/exercito/_specific/public/ueo/JE/ESCALAO%20BATERIA.pdf

⁵² Aprovadas pela Lei n.º 11/89, de 1 de Junho.

⁵³ A condição física de um comandante e da sua unidade é uma necessidade transversal que interfere com a autoridade e, em certos casos, com a prossecução dos próprios valores da profissão, designadamente a disponibilidade, o risco, o sacrifício pessoal e o exemplo. A condição física permite suportar o esforço (resistência) diminuindo assim os efeitos da fadiga. Neste campo, o desenvolvimento da rusticidade, do desembaraço, da resistência à adversidade e do espírito de corpo, constituem excelentes oportunidades para alicerçar e fortalecer a disciplina. A boa condição física é uma das características essenciais da condição militar.



Na perspectiva de reflexão e bem-estar pessoal que temos vindo a analisar, surge como referência quase obrigatória, num enquadramento de responsabilidade de comando, o caso Adolf Eichmann (1906-1962). O Tenente-Coronel SS Karl Adolf Eichmann chefiou o departamento de assuntos judeus da Gestapo entre 1941 e 1945 e foi o chefe das operações de deportação de 3 milhões de judeus para os campos de extermínio. Para além destas actividades, organizou também a Conferência de Wannsee em Janeiro de 1942, cujo objectivo era discutir os assuntos relacionados com a "solução final da questão judaica", momento a partir do qual assumiu a direcção de todos os movimentos de deportação e de gestão da propriedade. No final da II Guerra Mundial, Adolf Eichmann foi preso pelas tropas americana mas conseguiu escapar, vindo a refugiar-se na Argentina sob o nome de Ricardo Klement. Em 1960, agentes da Mossad levaram-no para Jerusalém onde foi julgado e executado na Prisão de Ramleh em 31 de Maio de 1962. A sua defesa baseou-se na realização do dever de obediência, no cumprimento de ordens legítimas, como resultado da sua profunda convicção pessoal, cuja base se sustentaria numa aproximação kantiana ao problema de obediência e, em consequência, os actos que praticou foram «apenas» a realização de ordens e do seu dever. Abordaremos a questão da obediência e da desobediência, numa perspectiva político-jurídica nos capítulos seguintes. Neste momento, a questão mais importante é analisar a dimensão ética do problema. Para Immanuel Kant um acto intrinsecamente bom tem que ser visto pela perspectiva do acto propriamente dito e, simultaneamente, tendo em conta a convicção do agente que o pratica. Relativamente a esta convicção, Kant afirma que o agente deve praticar actos no interesse do dever, independentemente da posição individual, das suas preferências, das suas convicções, dos seus interesses, dos seus ganhos pessoais e dos seus sentimentos. Ou seja, na acção em benefício do dever⁵⁴ são irrelevantes as posições pessoais. Mas não apresenta esta condição como única. Na verdade, segundo o nosso ponto de vista, conjuga-a com a necessidade de analisar o acto que deve ser universalizável (justo para

⁵⁴ Immanuel Kant desenvolveu uma série de exemplos ilustrativos do dever. Entre os mais conhecidos contam-se o grossista do bairro e o vendedor da «gift shop» do auto-estrada, de modo a ilustrar a necessidade genuína de determinar a génese de um acto no sentido da sua prática pelo dever e não associando esse dever a um interesse pessoal. Para mais detalhes consultar Hinman, Laurence M. *Ethics: A Pluralistic Approach to Moral Theory*. Third Edition, Toronto, Canada, 2003, p. 177.



um, justo para todos), acrescentando-lhe um terceiro requisito de respeito e humanidade no tratamento para com todas as pessoas⁵⁵. Adolf Eichmann, estava portanto, longe do verdadeiro sentido de uma ética kantiana ao ponderar apenas o benefício do dever. Embora a ética de Aristóteles não seja uma ética de acção, ela permite-nos ilustrar o problema do conflito de valores enfatizando o carácter do agente, cuja finalidade é alcançar a virtude, como meio de promoção do «florescimento» da pessoa, no sentido do bom e da sua dignidade. Noutra perspectiva, John Locke e Robert Nozick, para quem a valorização das acções supera os predicados do agente, optam por uma linguagem onde os direitos morais conferem a cada indivíduo, pela sua natureza, uma dimensão ética central, constituindo a referência para todos os diferendos e conflitos. Finalmente, Bernard Willians e John Rawls defendem que as acções moralmente aceitáveis são aquelas que produzem maior quantidade de “utilidade” para a sociedade como um todo, isto é, os sentimentos e interesses do agente não contam, apenas as consequências de cada acto individual são valorizadas. O utilitarismo procura tornar o mundo um lugar melhor para todos, reduzindo a dor e o sofrimento, mas ignora as motivações pessoais. John Rawls⁵⁶ introduziu nas teorias consequencialistas a ideia de certos limites, baseados na ideia de justiça e de direitos fundamentais. Todavia, foi Bernard Willians que, a partir do exemplo onde se coloca a decisão a um agente sobre a morte de um dos índios para salvar os outros dezanove⁵⁷, o autor chamou a atenção para o facto de que na avaliação moral dos actos, cada indivíduo detém uma especial relação e uma especial responsabilidade moral pelas acções que pratica, mesmo que o resultado final seja positivo. Isto é, no caso dos índios, apesar de 19 índios serem salvos, perdura a censurabilidade moral relativamente ao facto de que um deles ter morrido em consequência de uma decisão individual.

Estas diferentes perspectivas morais onde existem confrontos de valores têm particular aplicabilidade numa dimensão moral individual no confronto íntimo da questão da responsabilidade dos chefes militares. Decisões extremas em momentos extremos onde ideias

⁵⁵ Baseado em Hinman, Laurence M. *Ethics: A Pluralistic Approach to Moral Theory*. Third Edition, Toronto, Canada, 2003, p. 181ss.

⁵⁶ Hinman, Laurence M. *Ethics: A Pluralistic Approach to Moral Theory*. Third Edition, Toronto, Canada, 2003, p. 154.

⁵⁷ Hinman, Laurence M. *Ethics: A Pluralistic Approach to Moral Theory*. Third Edition, Toronto, Canada, 2003, p. 165.



simples como “ninguém fica para trás às mãos do inimigo”, como observámos em cinematografias como «Black Hawk Down» (2001) e «todos por um» como contactámos na popular película «Saving Private Ryan» (1998), são susceptíveis de gerar profundos conflitos pessoais e intrincados problemas de responsabilidade moral.

2.2. Graus de autoridade de comando

“A commander in battle has three means of influencing the action: Fire support...; his personal presence on the battlefield [emphasis added]; and the use of his reserve”.

Harold G. Moore & Joseph L. Galloway⁵⁸

Ficou definido anteriormente que comandar é exercer a autoridade de que está investido um militar que ocupa uma determinada posição organizacional, autoridade essa que tem por objectivo a realização de tarefas ou acções de natureza pública. Esta autoridade não é exercida de modo isolado e compreende todos os aspectos relacionados como emprego de forças, designadamente os aspectos operacionais, administrativos⁵⁹ e logísticos correspondentes ao seu escalão⁶⁰. Para Martin van Creveld as responsabilidades de comando são “(...) normalmente divididas em duas partes. Em primeiro lugar, o comando deve dispor e coordenar tudo o que em exército necessita para a sua existência... Em segundo lugar, o comando habilita que um exército cumpra a sua missão (...)”⁶¹ Por outras palavras, o comandante é responsável por todos os aspectos que permitem que uma determinada força opere com a eficiência esperada e ainda pelos aspectos relativos à eficácia da realização das tarefas de que foi incumbida. O

⁵⁸ *We were Soldiers Once... And Young: Ia Drang-The Battle That Changed The War In Vietnam*, p. 111.

⁵⁹ Inclui aspectos disciplinares.

⁶⁰ *Allied Administrative Publication - AAP 6 (2004) Command/1. 2. 3. Commandment - 4. 5. Commander - 1. The authority vested in an individual of the armed forces for the direction, coordination, and control of military forces. 2. An order given by a commander; that is, the will of the commander expressed for the purpose of bringing about a particular action. 3. A unit, group of units, organization or area under the authority of a single individual. 4. To dominate an area of situation. 5. To exercise command. Related terms: administrative control; full command; functional command; national command; operational command. 29/5/2002, P 2-C-7.*

⁶¹ *Martin van Creveld – Command in War. Harvard University Press, 1987, p. 6.*



modo como é exercida essa autoridade depende, no essencial, de dois factores: do escalão e do modo de integração destas, no caso de serem forças multinacionais.

Existem na doutrina militar⁶² três (quatro se se incluir o escalão político) escalões de comando. O Tribunal *ad hoc* para o Ruanda, no caso Jean-Paul Akayesu, caso n.º ICTR-96-4-T, reconheceu que a responsabilidade de comando aproveita a militares mas também a civis⁶³ e é geralmente aceite que o que é importante no contexto da responsabilidade de comando não é o posto mas a subordinação⁶⁴. Tais escalões representam diferentes lógicas de exercício da autoridade de comando, designadamente no que respeita à relação entre comandantes subordinados. Assim, temos escalões de nível tático, operacional e estratégico, embora numa aproximação mais exaustiva do problema da aplicação da força armada possamos também identificar um escalão de natureza política, onde a autoridade não é uma autoridade do tipo «comando» mas do tipo hierárquica (retomaremos este assunto no ponto seguinte). No nível tático das operações os comandantes exercem a sua autoridade, dentro dos limites da sua

⁶² Na doutrina dos países da NATO, em particular a expressa na Allied Joint Publication - AJP-01(B) (2002), Capítulo 2, p. 1.

⁶³ §490. As to whether the form of individual criminal responsibility referred to Article 6° (3) of the Statute applies to persons in positions of both military and civilian authority, it should be noted that during the Tokyo trials, certain civilian authorities were convicted of war crimes under this principle. Hirota, former Foreign Minister of Japan, was convicted of atrocities - including mass rape - committed in the "rape of Nanking", under a count which charged that he had "recklessly disregarded their legal duty by virtue of their offices to take adequate steps to secure the observance and prevent breaches of the law and customs of war". The Tokyo Tribunal held that: "Hirota was derelict in his duty in not insisting before the Cabinet that immediate action be taken to put an end to the atrocities, failing any other action open to him to bring about the same result. He was content to rely on assurances which he knew were not being implemented while hundreds of murders, violations of women, and other atrocities were being committed daily. His inaction amounted to criminal negligence". It should, however, be noted that Judge Röling strongly dissented from this finding, and held that Hirota should have been acquitted. Concerning the principle of command responsibility as applied to a civilian leader, Judge Röling stated that: "Generally speaking, a Tribunal should be very careful in holding civil government officials responsible for the behaviour of the army in the field. Moreover, the Tribunal is here to apply the general principles of law as they exist with relation to the responsibility for omissions". Considerations of both law and policy, of both justice and expediency, indicate that this responsibility should only be recognized in a very restricted sense". §491. The Chamber therefore finds that in the case of civilians, the application of the principle of individual criminal responsibility, enshrined in Article 6 (3), to civilians remains contentious. Against this background, the Chamber holds that it is appropriate to assess on a case by case basis the power of authority actually devolved upon the Accused in order to determine whether or not he had the power to take all necessary and reasonable measures to prevent the commission of the alleged crimes or to punish the perpetrators thereof".

⁶⁴ [Em linha]. [Acesso em 09 de Março de 2008]. [Http: www.hlc-rdc.org](http://www.hlc-rdc.org) - Command Responsibility: The Contemporary Law "structures of hierarchy for the purpose of de jure command responsibility: 1. Policy command: heads of state, high-ranking government officials, monarchs; 2. Strategic command: War Cabinet, Joint Chiefs of Staff; 3. Operational command: military leadership; in Yamashita it was established that operational command responsibility cannot be ceded for the purpose of the doctrine of command responsibility – operational commanders must exercise the full potential of their authority to prevent war crimes, failure to supervise subordinates or non-assertive orders don't exonerate the commander; 4. Tactical command: direct command over troops on the ground. There are two special cases of de jure commanders that have been developed in international case law: 1. Prisoners-of-war (POW) camp commanders: the ICTY established in Aleskovski that POW camp commanders are entrusted with the welfare of all prisoners, and subordination in this case is irrelevant; 2. Executive commanders: supreme governing authority in the occupied territory – subordination is again irrelevant, their responsibility is the welfare of the population in the territory under their control, as established in the High Command and Hostages cases after World War II.

unidade, de modo a que sejam executadas tarefas que visam atingir objectivos militares táticos, isto é, objectivos que compreendem forças ou terreno do adversário e que se relacionam directamente com a aplicação da força armada de que dispõem as unidades que comandam. No nível tático a autoridade é exercida directamente sobre comandantes subordinados e sobre outros indivíduos que, ao agirem realizando tarefas de empenhamento e de combate, concorrem o sucesso dos objectivos de nível operacional.

Ao nível operacional, a autoridade de um comandante militar exerce-se numa área geográfica correspondente à totalidade da campanha militar, no sentido de atingir os objectivos globais para aquela campanha em concreto, sendo, em particular, responsável pelo plano de

Comandar		Nível das Operações	Características
	Político Estratégico (Concepção)	(Político) - A autoridade de natureza hierárquica que se exerce, a partir do escalão político, sobre o comandante militar, no sentido da definição dos objectivos gerais e da imposição de restrições e condicionamentos ao nível estratégico, na perspectiva das grandes opções que afectam uma determinada estrutura militar como um todo. (Estratégico) A autoridade de um comandante de nível estratégico é do tipo « guiamento, sincronização e coordenação » e, exerce-se em regra, tal como ao nível operacional, através de uma cadeia de comando e directamente sobre comandantes de nível operacional e que têm por objectivo a articulação de diferentes meios para atingir os fins identificados pelo escalão político.	Acção do tipo: "High beam"
	Operacional (Transformação)	Autoridade de um comandante militar ao nível operacional não é, em regra, uma autoridade acção, mas uma autoridade de guiamento e transformação que se exerce, quase exclusivamente, através da sua cadeia de comando, sobre outros comandantes de unidades subordinadas de nível tático e sobre quem tem, como atributo fundamental, o controlo de uma determinada campanha militar.	Acção do tipo: "Law beam"
	Tático (Combate)	No nível tático a autoridade de acção que é exercida directamente sobre comandantes subordinados e sobre outros indivíduos que, ao agirem realizando tarefas de empenhamento e de combate, concorrem o sucesso dos objectivos de nível operacional e que se concretizam em acções concretas de emprego e uso da força.	Acção do tipo: "Black out driving"

operações que conduz ao emprego de todas as forças atribuídas àquele teatro de operações. Isto é, um comandante de nível operacional exerce a sua autoridade, tendo em consideração as limitações de natureza política, numa perspectiva global de um teatro de operações, designadamente atribuindo aos comandantes subordinados meios e prioridades, identificando a sequência da realização das tarefas, os tempos críticos e as acções logísticas. Por outras palavras, a autoridade de um comandante militar ao nível operacional não é, em regra, uma autoridade acção, mas uma autoridade de transformação que se exerce, quase exclusivamente, através da sua cadeia de comando⁶⁵, sobre outros comandantes de unidades subordinadas de nível tático e sobre quem tem, como atributo fundamental, o controlo. A execução de tarefas

⁶⁵ Allied Administrative Publication - AAP 6 (2004) Chain of command/chaîne de commandement - The succession of commanding officers from a superior to a subordinate through which command is exercised. Synonym: command channel. Related terms: administrative chain of command; operational chain of command. 1/3/73, P. 2-C-2.



de natureza operacional concorre para a realização dos objectivos de nível estratégico. Ao nível estratégico, a autoridade de um comandante militar é do tipo “guiamento, sincronização e coordenação”, uma vez que se exerce muito para além do contexto específico dos vector militar aplicado a um determinado teatro de operações. Assim, a este nível, o essencial da acção do comandante é a articulação com outros vectores de poder (económico, diplomático, etc.) numa transformação das concepções políticas em aspectos de natureza militar, procurando as melhores opções militares em apoio das orientações políticas como um todo. A autoridade de um comandante de nível estratégico exerce-se, em regra, tal como ao nível operacional, através de uma cadeia de comando e directamente sobre comandantes de nível operacional.

Finalmente, ao nível político, existe uma autoridade de natureza hierárquica que se exerce sobre os comandantes militares de nível estratégico, no sentido da definição dos objectivos gerais e da imposição de restrições e condicionamentos na prossecução desses mesmos objectivos. A tabela anterior⁶⁶ procura sintetizar os aspectos mais importantes da autoridade a cada nível das operações, com particular destaque para as relações de comando que, ao nível táctico se distinguem das outras, uma vez que se exercem predominantemente de modo directo e não através de uma cadeia de comando.

O segundo aspecto relativo às questões relacionadas com os graus de autoridade é o tema da multinacionalidade. Raras serão, mesmo no caso português, as operações militares em que intervirão forças militares constituídas por militares de um único Estado. A História dos Conflitos Modernos mostra que essas situações serão mesmo muito raras. Para tanto bastará relembrar os episódios da Guerra Peninsular, das operações aliadas na I e na II Guerras Mundiais, os conflitos da Coreia (1950-1953) e do Vietname (1964-1975), a campanha do Suez (1956), as coligações de Estados que participaram nas operações no Golfo em 1991 e em 2003 e, ainda, de uma maneira geral, as operações sob a égide das Nações Unidas, da NATO,

⁶⁶ Tabela construída pelo autor, baseada em apontamentos pessoais e na publicação Allied Joint Publication - AJP 1B, *The Levels of Military Operations*, 2002, Chapter 2, p. 1, e no Capítulo 2, p. 2-6ss (níveis da operações) do Regulamento de Campanha e Operações, Estado-Maior do Exército, 2005.



da União Africana e da ECOMOG⁶⁷. Assim, raras serão também as vezes que um comandante militar terá comando completo (CC) sobre uma determinada força, uma vez que este tipo de autoridade que inclui todos os aspectos já mencionados, só se verifica quando essa mesma força se encontra na dependência da sua estrutura de comando nacional. Por outras palavras, o comando ou (comando completo) é “a autoridade conferida a um comandante que lhe permite englobar todos os aspectos operacionais, administrativos e logísticos em relação às forças à sua disposição”⁶⁸. Esta autoridade existe apenas a nível nacional e, consequentemente, nenhum outro comando não nacional ao qual a força tenha sido atribuída poderá ter o comando completo sobre forças à sua disposição. Esta autoridade é também caracterizada pela existência de um vínculo hierárquico genérico e indefinido, isto é, abrangendo todos os recursos e actividades e pode ser exercido sobre forças orgânicas, atribuídas e de reforço, a que já nos referimos. Neste grau de autoridade, o comandante tem competência para delegar autoridade. Por outras palavras, o comando completo é o maior grau de controlo que pode ser exercido sobre uma força militar e o único em que o comandante é verdadeiramente responsável por todos os aspectos relativos à execução de qualquer tarefa de natureza militar.

⁶⁷ Economic Community of West African States Monitoring Group – Foi estabelecida em 1990 com uma força armada africana com os contributos da Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental/Economic Community of West African States (ECOWAS). [Em linha]. [Acesso em 13 de Dezembro de 2009]. <http://www.ecowas.int/ips/ii/security/> e ainda http://en.wikipedia.org/wiki/Economic_Community_of_West_African_States_Monitoring_Group.

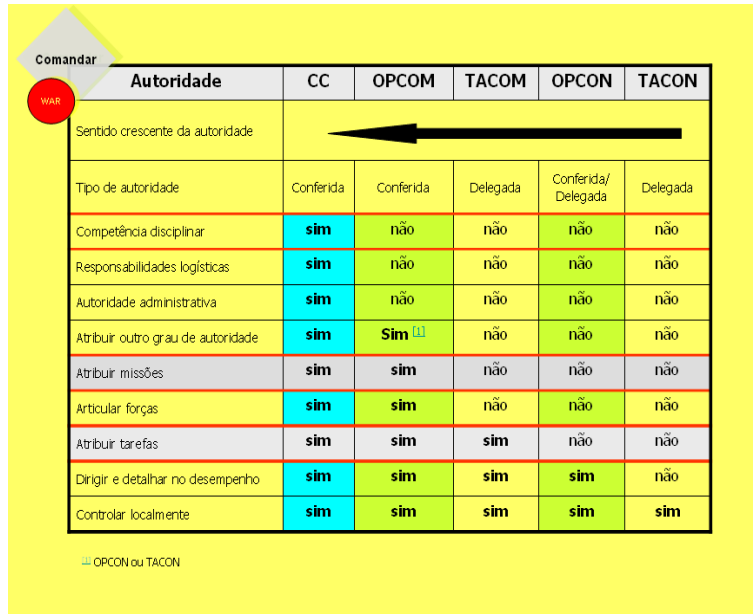
⁶⁸ Allied Administrative Publication - AAP 6 (2004) Full command/Commandement integral - The military authority and responsibility of a commander to issue orders to subordinates. It covers every aspect of military operations and administration and exists only within national services. Note: the term "command" as used internationally, implies a lesser degree of authority than when it is used in a purely national sense. No NATO or coalition commander has full command over the forces assigned to him since, in assigning forces to NATO, nations will delegate only operational command or operational control. Related terms: administrative control; operational command; operational control. 4/10/2000, p. 2-F-6. Allied Joint Publication - AJP 3 (2000) Full Command. The military authority and responsibility of a superior officer to issue orders to subordinates. It covers every aspect of military operations and administration and exists only within national services. Nations that assign forces to a NATO operation will always retain Full Command of those forces. Only Operational Command or Operational Control will be assigned to the designated NATO Commander, p. 2-18. Comando Completo é a autoridade conferida a um comandante que abarca os aspectos operacionais, administrativos e logísticos em relação às forças postas à sua disposição. É caracterizado pela existência de um vínculo hierárquico genérico e indefinido, isto é, abrangendo todos os recursos e actividades e pode ser exercido sobre forças orgânicas atribuídas e de reforço. Tem competência para delegar autoridade (Divisão de Operações nº 4/CEMGFA/02) – Regulamento de Campanha e Operação, Estado-Maior do Exército, 2005, §212.

O grau de autoridade seguinte, necessariamente inferior ao comando completo, que pode ser atribuído a um comandante é o comando operacional (OPCOM)⁶⁹. Pode definir-se como sendo a autoridade conferida a um comandante para atribuir missões ou tarefas aos comandantes subordinados, articular forças da maneira mais conveniente para a execução de tarefas operacionais e reter ou delegar o controlo operacional ou tático, como considere necessário. Não inclui autoridade no plano administrativo ou responsabilidades logísticas.

Continuando a decrescer em termos de autoridade susceptível

de ser atribuída a um comandante, apresenta-se o comando tático (TACOM)⁷⁰. Este pode ser definido como a autoridade delegada a um comandante para atribuir às forças e unidades sob o seu comando as tarefas necessárias ao cumprimento da missão que lhe tenha sido atribuída.

Existem, finalmente, outros dois graus de autoridade que não configuram verdadeiramente uma autoridade de comando, uma vez que apenas contemplam aspectos de



Comandar	Autoridade	CC	OPCOM	TACOM	OPCON	TACON
WAR	Sentido crescente da autoridade					
	Tipo de autoridade	Conferida	Conferida	Delegada	Conferida/Delegada	Delegada
	Competência disciplinar	sim	não	não	não	não
	Responsabilidades logísticas	sim	não	não	não	não
	Autoridade administrativa	sim	não	não	não	não
	Atribuir outro grau de autoridade	sim	Sim (U)	não	não	não
	Atribuir missões	sim	sim	não	não	não
	Articular forças	sim	sim	não	não	não
	Atribuir tarefas	sim	sim	sim	não	não
	Dirigir e detalhar no desempenho	sim	sim	sim	sim	não
	Controlar localmente	sim	sim	sim	sim	sim

U OPCOM ou TACON

⁶⁹ Allied Joint Publication - AJP 3 (2000) Operational Command (OPCOM). The authority granted to a commander to assign missions or tasks to subordinate commanders, to deploy units and to reassign forces, and to retain or delegate operational and/or tactical control as may be deemed necessary. It does not of itself include responsibility for administration or logistics. May also be used to denote the forces assigned to a commander, p. 2-18. Allied Administrative Publication - Allied Administrative Publication - AAP 6 (2004) Operational command/commandement opérationnel. The authority granted to a commander to assign missions or tasks to subordinate commanders, to deploy units, to reassign forces, and to retain or delegate operational and/or tactical control as the commander deems necessary. Note: it does not include responsibility for administration. p. 2-O-2. Comando Operacional (OPCOM) é a autoridade conferida a um comandante para atribuir missões ou tarefas aos comandantes subordinados, articular forças da maneira mais conveniente para a execução de tarefas operacionais e reter ou delegar controlo operacional e ou tático, como considere necessário. Não inclui em si autoridade no plano administrativo ou responsabilidade de ordem logística (Divisão de Operações n.º 4/CEMGFA/02) – Regulamento de Campanha e Operação, Estado-Maior do Exército, §213.

⁷⁰ Allied Administrative Publication - AAP 6 (2004) Commandement tactique/tactical command. Autorité déléguée à un commandant pour attribuer des tâches aux forces placées sous son commandement, en vue de l'accomplissement de la mission ordonnée par l'autorité supérieure, P. 3-C-13. Allied Joint Publication - AJP 3 (2000) Tactical Command (TACOM) The authority delegated to a commander to assign tasks to forces under his command for the accomplishment of the mission assigned by higher authority, p. 2-18.



direcção e controlo de missões e tarefas já atribuídas. Vejamos, pois, estes dois últimos graus de autoridade: O controlo operacional (OPCON)⁷¹ e o controlo táctico (TACON)⁷². O primeiro caso pode definir-se com a autoridade conferida ou delegada num comandante para dirigir forças atribuídas no desempenho de missões ou tarefas específicas, pormenorizando a execução se necessário. As missões ou tarefas são limitadas pela sua natureza, tempo e localização. Não inclui a autoridade para utilizar separadamente os elementos que constituem as unidades envolvidas, nem tão pouco comporta em si o controlo administrativo logístico. Já o controlo táctico pode ser definido como a autoridade delegada num comandante para a direcção e controlo de pormenor, normalmente limitados no plano local, aos movimentos ou manobras necessárias para executar as missões ou tarefas cometidas.

Tendo em consideração a tabela anterior⁷³, importa identificar algumas ideias importantes: em primeiro lugar, deve ter-se em consideração que o único grau de autoridade que detém competência disciplinar é o comando completo; em segundo lugar, a autoridade delegada a um comandante tem, no essencial, o objectivo de controlar a execução de missões e tarefas já definidas pelo escalão superior. Todavia, esse controlo não pode recorrer directamente aos mecanismos disciplinares, que permanecem, como dissemos, uma competência nacional, mas pode ser denunciado através destes. Em terceiro lugar, devido a este mesmo facto, todos os graus de autoridade investidos de meras tarefas de controlo de execução, porque não dispõem de autoridade disciplinar, têm (decorrente do dever de controlo), a responsabilidade de manter o escalão que delegou essa autoridade de controlo, informado sobre as actividades. Finalmente, os escalões de comando onde existe uma verdadeira autoridade de comando (CC, OPCOM e TACOM) são maioritariamente responsáveis pela definição da missão e das tarefas a ela associadas, embora só o primeiro disponha de competências

⁷¹ Allied Joint Publication - AJP 3 (2000) Operational Control. The authority delegated to a commander to direct forces assigned so that the commander may accomplish specific missions or tasks which are usually limited by function, time, or location and to deploy units concerned, and to retain or assign tactical control to those units. It does not include authority to assign separate employment of components of the units concerned. Neither does it, of itself, include administrative or logistic control, p. 2-18.

⁷² Allied Joint Publication - AJP 3 (2000) Tactical Control (TACON). The detailed and, usually, local direction and control of movements or manoeuvres necessary to accomplish missions or tasks assigned, p. 2-18.

⁷³ Esta tabela foi construída pelo autor com base nos seguintes elementos: apontamentos manuscritos pessoais, NATO Glossary Terms and definitions e Capítulo 2, p. 2-4ss (ponto 211 graus de autoridade) do Regulamento de Campanha e Operações, Estado-Maior do Exército, 2005.



disciplinares. Assim, podemos afirmar que, em ambos os graus de autoridade existem deveres gerais de controlo, só que nos escalões de comando, onde existe uma verdadeira autoridade de comando (CC, OPCOM e TACOM), torna-se mais fácil aplicar o conceito do controlo efectivo em sentido jurídico, tal como veremos mais à frente.

2.3. Autoridade de comando e autoridade meramente hierárquica

“All men are frightened. The more intelligent they are, the more they are frightened. The courageous man is the man who forces himself, in spite of the fear, to carry on”.

General George S Patton, Jr.⁷⁴

Partindo de finalidades e âmbitos de aplicação profundamente distintos, a diferenciação entre autoridade de comando e autoridade meramente hierárquica apresenta dois pontos comuns fundamentais. O primeiro, é que, em ambos os casos, se trata de uma autoridade de natureza pública, isto é, uma autoridade dotada de capacidade de prosseguir, nos termos da lei, o interesse e o bem público nacional ou, no caso de ser mandatada, o bem público internacional (excluindo referências a outros tipos de autoridade nas relações não públicas). O segundo, é o facto de, em ambos os casos, se tratar de uma autoridade de natureza hierárquica, no sentido da existência de uma relação de subordinação de onde decorrem certos deveres⁷⁵ e, em particular, o dever de obediência. Todavia, importa afirmar que a autoridade hierárquica está concebida para responder a situações de tempo de paz e, excepcionalmente, actuar em tempo de crise ou de conflito armado. Ao invés, a autoridade de comando, embora se exerça na maioria das vezes em tempo de paz, tem por finalidade primária responder em situações excepcionais de tempo de crise ou de conflito armado. A autoridade de comando é uma autoridade exclusivamente do tipo militar e a autoridade hierárquica, que também é

⁷⁴ Retirado do Capítulo 3 do FM 22-100, p. 3-6, referido a *War As I Knew It*, New York, 1995, ISBN 0-395-73529-7.

⁷⁵ Tal como faz Manuel Maria Diez - *Derecho Administrativo*, 1967, p. 397, utilizamos o vocábulo “deveres” e não “obrigações” para acentuar o carácter predominantemente ético da função do emprego público.



exercida pela autoridade de comando, não se reduz, exclusivamente, a uma autoridade do tipo militar.

Assim, a perspectiva em que se encaram os diferentes deveres, embora em ambos os casos, estejam organizados em deveres gerais (aqueles que resultam na natureza pública do seu vínculo contratual) e em deveres especiais (aqueles que resultam da titularidade de um cargo específico), resulta necessariamente diferente. Vejamos, pois, algumas dessas diferenças, que se opta por apresentar sob a forma de tabela e decorrente de análise efectuada pelo autor:

<i>Autoridade de comando</i>	<i>Autoridade meramente hierárquica</i>
<i>Em ambas existe uma natureza pública e fundamentada na lei.</i>	
<i>Em ambas se exerce sobre pessoas e sobre processos.</i>	
<i>No desempenho de certas missões, existe uma natureza pública internacional.</i>	<i>A excepção é a existência de uma natureza pública internacional.</i>
<i>Competências genéricas e abrangentes que abarcam extenso universo relacionado com o emprego de uma força militar.</i>	<i>Competências específicas definidas caso a caso, tendo em consideração as suas atribuições de administração, gestão ou execução.</i>
<i>Actuação em tempo de paz com vista a preparar uma actuação em crise ou conflito armado. Finalidade última é a actuação em tempo de crise ou conflito.</i>	<i>Pensada para uma exclusiva actuação em tempo de paz.</i>
<i>Mais complexidade e abrangência, podendo englobar quase todos os aspectos da vida dos indivíduos, podendo mesmo abranger por períodos de tempo limitado aspectos natureza privada.</i>	<i>Mais especificidade e tecnicismo, sem tocar aspectos da vida privada dos indivíduos</i>
<i>Exercida em ambiente de adversidade e onde o tempo se apresenta como um factor decisivo.</i>	<i>Exercida num ambiente onde a adversidade apresenta níveis mais baixos e onde o tempo é um factor importante.</i>
<i>Inclui a autoridade meramente hierárquica.</i>	<i>Não contempla a autoridade de comando mas tem aspectos de natureza pessoal.</i>
<i>Exerce-se através da liderança (autoridade pessoal), aspecto que constitui um elemento decisivo.</i>	<i>A liderança tem um papel facilitador no exercício da autoridade hierárquica.</i>
<i>Exerce-se de modo pessoal através da pessoa do comandante e da cadeia de comando e dos seus Estados-Maiores.</i>	<i>Exerce-se de modo pessoal através do superior hierárquico, podendo em certos casos delegar ou obter assessorias.</i>
<i>A decisão é participada ao longo de todo o processo, através do seu Estado-Maior e dos seus subordinados.</i>	<i>Decisão é participada de modo pontual através de assessores ou dos subordinados.</i>
<i>Planeia e executa para a incerteza.</i>	<i>Planeia e executa por referências.</i>
<i>A obediência baseia essencialmente na confiança e na comunicação, apoiada na autoridade formal e essencialmente na autoridade funcional.</i>	<i>A obediência baseia principalmente na lei, apoiando-se quase exclusivamente na autoridade formal.</i>
<i>Maior amplitude, exigência e ponderação de critérios de momento.</i>	<i>Maior especificidade e ponderação de critérios objectivos.</i>
<i>Exerce-se permanentemente em equipa.</i>	<i>Exerce-se individualmente e através de relações pontuais de equipa.</i>

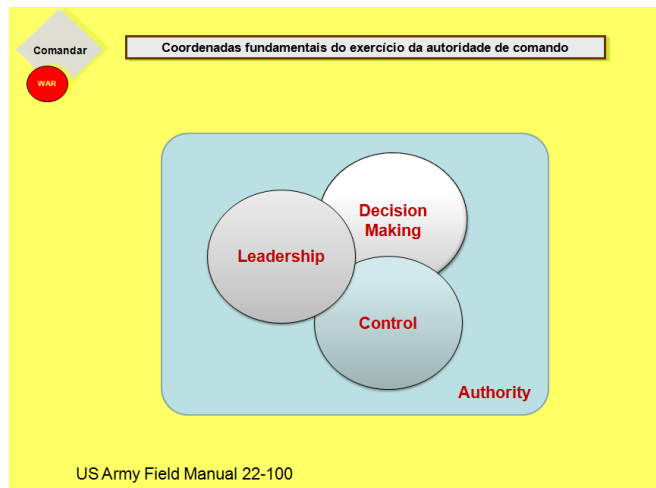
<i>A competência e o carisma têm um papel decisivo. O exemplo tem um papel central.</i>	<i>A competência tem um papel decisivo. O exemplo ajuda no exercício da autoridade.</i>
<i>Têm sempre por base valores fundamentais, alguns jurídico-internacionais, cuja aceitação é essencial.</i>	<i>Pode ter por base valores maioritariamente instrumentais ou interesses públicos que não carecem de aceitação.</i>
<i>Autoridade essencialmente de matriz kantiana e aristotélica.</i>	<i>Autoridade essencialmente de matriz kantiana e utilitarista.</i>
<i>É exercida através de uma estrutura adaptável e ad hoc capaz de evoluir com o evoluir da situação.</i>	<i>É exercida através de uma estrutura pré determinada que geralmente permanece imutável por um longo período de tempo.</i>

2.4. Coordenadas fundamentais do exercício da autoridade de comando

“Command is a specific and legal position unique to the military⁷⁶... Command is a sacred trust! Command by its very nature brings responsibility”.

Charles H. B. Garraway⁷⁷

O acto de comandar é, em primeiro lugar, um acto pessoal, que pode ser caracterizado pelos seguintes atributos: autoridade⁷⁸, decisão, liderança e controlo. A tarefa essencial de qualquer comandante, a qualquer nível, é comandar e controlar as suas forças, no sentido em que os seus subordinados agem no desenrolar de um processo, através do qual o comandante cataliza a sua vontade e as suas intenções para os seus subordinados, ao longo de um período de tempo em que está onerado com o exercício de uma autoridade do tipo militar e no



⁷⁶ US Army Field Manual 22- 100 - Army Leadership, p. 1-14.

⁷⁷ Command Responsibility: victors' justice or just desserts? p. 68.

⁷⁸ Autoridade é a capacidade (atribuída, delegada ou inata) através da qual se exerce o poder de emanar ordens e de impor a sua obediência. Inclui os poderes para a prática de actos e a consequente responsabilidade pelos actos praticados, bem como a possibilidade de delegar.



qual se certifica se os resultados que obtém se enquadram na sua intenção. Embora o comando seja, como já referimos, a autoridade de que está investido um militar para dirigir, coordenar e controlar as forças que lhe estão atribuídas e, embora esta autoridade resulte de uma base legal, a verdadeira essência do comando reside numa dinâmica que se estabelece entre a figura que detém uma legitimidade de natureza jurídica e a figura que detém uma legitimidade de natureza emocional, na medida em que estas se articulam para o cumprimento da missão e para a preservação dos recursos.

Como vimos anteriormente, o nível de autoridade⁷⁹ de um comandante pode variar de acordo com a situação, mas, de uma maneira geral, a autoridade, isto é, a capacidade de exercer o poder hierárquico e a influência pessoal para impor a obediência, pode ser decomposta da seguinte maneira:

- *Responsabilidade horizontal: traduz-se na obrigação de assumir como seu, perante si e perante os seus subordinados, o resultado das suas decisões e dos seus actos, não só no que se refere aos sucessos e aos insucessos da sua unidade, mas também no que diz respeito ao moral, ao bem-estar e à disciplina em geral. O comandante militar responsável pelo sucesso da missão, pelos seus subordinados e pela manutenção da sua unidade enquanto força militar e, em caso de conflito entre estes três aspectos, a natureza militar da missão faz prevalecer os seus fins;*
- *Responsabilidade vertical; traduz-se na obrigação de assumir como seu, perante os seus superiores, o resultado das suas acções relativamente ao uso eficiente dos recursos colocados à sua disposição, em particular, no que respeita às vidas dos seus subordinados. Nesta perspectiva, os seus subordinados são também responsáveis perante ele, pela realização dos seus deveres;*

⁷⁹ US Army Field Manual 6.0 – Command and Control, p 2-2: Authority is the delegated power to judge, act, or command. It involves the right and freedom to use the power of command and to enforce obedience under criminal law. This authority to enforce orders by law if necessary is one of the key elements of command and distinguishes military commanders from civilian leaders and managers. However, commanders have another source of authority: personal authority. Personal authority reflects influence and charisma. It stems from values, attributes, personality, experience, reputation, character, personal example, and tactical and technical competence. Personal authority, freely granted to a commander by subordinates, ultimately arises from the actions of the commander, and the trust and confidence generated by these actions. It is often more powerful than legal authority.



- *Delegação de poderes, isto é, no sentido de obter os melhores resultados, o comandante deverá transferir parte da sua autoridade para seus subordinados, muito em particular ao seu Estado-Maior. Esta transferência de parte da sua autoridade permite aos subordinados e ao Estado-Maior decidir e actuar em nome do comandante, nas áreas em que este considerar mais adequadas. Todavia, e apesar da delegação de autoridade, não aproveitar a delegação de responsabilidade, os subordinados são responsáveis perante o comandante pelos actos praticados em seu nome, ao abrigo da delegação obtida. A autoridade pode ser delegada para um determinado assunto de natureza técnica pode ser delegada para uma determinada área geográfica, por um determinado período de tempo ou para conduzir uma determinada acção.*

Por uma questão de organização, dada a importância do controlo para o tema em análise, abordaremos o controlo no ponto seguinte. Assim, deixámos, propositadamente, os atributos de decisão e de liderança para último lugar, por serem características mais distintivas da função de natureza meramente hierárquica. A decisão, isto é, a capacidade de escolher entre diferentes modalidades de acção para o cumprimento da sua missão, não se limita a uma mera opção entre diferentes possibilidades já existentes. Trata-se de um exercício de construção que vai muito para além de um mero poder discricionário, onde se conjugam ciência e arte, num esforço de síntese capaz de transformar uma visualização pessoal, numa acção efectiva. Decidir é uma das principais tarefas de um comandante, assistido pelos seus Estados-Maiors. Todavia, o comandante não decide tudo. Na verdade, quanto maior for o nível das operações, maior será o número de decisões que serão tomadas pelos seus Estados-Maiors, em seu nome, de modo a dar corpo à intenção do comandante. Estas decisões constituem uma responsabilidade primária dos Estados-Maiors. Simplisticamente, existem dois tipos de decisões que, em última análise, detêm um papel complementar. Por um lado, a decisão segue um método estruturado, consumidor de tempo, e cujo objectivo é identificar a melhor solução, entre muitas, para a resolução de um problema. Esta aproximação, através da utilização de um método estruturado, é a ideal para a resolução de problemas não familiares e



de grande complexidade e o resultado é, normalmente, decomposto em tarefas elementares. Por outro lado, a decisão pode seguir o método mais natural, menos consumidor de tempo, baseado no conhecimento, na habilidade, na análise sumária, na percepção e, por vezes, no carácter do comandante e na experiência do seu Estado-Maior. As duas aproximações à decisão não são exclusivas, são, isso sim, complementares e dependentes dos constrangimentos da situação.

Mas comandar implica decidir, visualizar, julgar, descrever e dirigir. Isto é, criar imagens mentais de formas de atingir um estado final desejado, antecipando um resultado desejado, compreendendo a relação entre meios e fins, no espaço e no tempo, bem como os riscos inerentes a essa relação. Tal visualização tem por base a interpretação pessoal, os factores da natureza humana, as suas intenções, as suas capacidades, as capacidades do adversário e o ambiente. A visualização e a capacidade de se autodeterminar tendo por base a sua experiência, o seu treino, a doutrina, a sua imaginação e o seu pensamento criativo, dão a cada comandante ferramentas decisivas para um correcto exercício da sua autoridade, que em regra se exerce através de planos e ordens, bem como através de medidas de controlo.

Finalmente, a liderança⁸⁰, isto é, a capacidade de influenciar e criar, nos seus subordinados, uma energia motivadora, através da combinação do exemplo, da persuasão, do impulso e de um elo emocional, é uma responsabilidade do comandante e dos comandantes subordinados em todos os níveis das operações. Cada comandante é um exemplo, bom ou mau. Cada acção sua envia uma mensagem, cuja finalidade deverá ser fundamentar as razões de cada ordem, não através da explicação detalhada das razões que estão por detrás dessa mesma ordem, mas procurando criar em cada subordinado a confiança necessária para poder obedecer racionalmente, mesmo nos casos em que a execução colocará em risco a sua própria vida. A liderança alicerça-se em valores, valores esses que fortalecem a motivação. A motivação fará com que os subordinados façam tudo o que estiver ao seu alcance para cumprir a sua missão. Comandar é um atributo único no contexto da profissão militar, que resulta de uma condição

⁸⁰ US Army Field Manual 22-100 - Leadership is influencing people by providing purpose, direction, and motivation while operating to accomplish the mission and improving the organization, p. 1-4.



jurídica e de uma circunstância específica, que liga cada superior hierárquico ao seu subordinado, através do elo da confiança.

2.5. Planeamento, execução, informação e controlo das ordens

“... A phalangist officer telling soldiers who had captured fifty women and children in the camps and were waiting further orders, “This is last time you’re going to ask me a question like that, you know exactly to do!””

Antonio Cassese⁸¹

Há duas questões fundamentais que não poderemos perder de vista: o modo como são produzidas e transmitidas as ordens e a forma como estas são executadas numa estrutura militar. A disciplina é a alma de qualquer organização militar e a obediência é um dos atributos fundamentais da disciplina. A. Rogers afirma o seguinte: “a eficiência militar depende da obediência pronta, inquestionável e imediata às ordens, devendo os soldados estar preparados para colocar as suas vidas em risco na execução dessas ordens (tradução do autor)”⁸². No mesmo sentido vão as palavras do juiz norte-americano Kennedy durante o caso *William Calley* (1973): “os soldados são treinados para obedecer. As ordens no campo de batalha, devem merecer especial atenção. A eficiência militar depende de como se cumprem as ordens (tradução do autor)”⁸³. Leslie Green vai ainda mais longe ao afirmar que: “deve haver uma presunção relativamente às ordens no sentido em que as ordens emitidas são, em princípio, legais (tradução do autor)”⁸⁴. Trataremos a problemática do modo como são executadas as ordens sob a temática da obediência no Capítulo 4. Por agora, vejamos como se produzem as ordens.

⁸¹ *Violence and Law in the Modern Age* – Sabra and Shatila, p. 78.

⁸² *Law on the Battlefield*, 2nd ed, 2004, p. 208.

⁸³ *US vs Calley*, 22 USCMA 534.48 CMR.19 (1973).

⁸⁴ *Essays on Modern Law of War*, p. 282.



2.5.1. Planeamento e execução das ordens

“The test of control is the ability of the leader to obtain the desired reaction from his command”.

Infantry in Battle, 1939⁸⁵

A organização e a autoridade de um Estado-Maior são determinadas, pelo comandante, em função da sua missão, considerando as tarefas que têm de ser realizadas pelo seu Estado-Maior e as tarefas que serão desempenhadas pelas unidades subordinadas. Todavia, cada comandante dispõe de alguma organização prévia, por grupos de actividades afins, que lhe facilitará o controlo das tarefas antes e durante o emprego da força armada. Cada comandante tem liberdade para organizar o seu Estado-Maior conforme considerar mais apropriado no sentido de otimizar a sua capacidade para planear, conduzir e apoiar a operação com sucesso⁸⁶. Embora em linguagem comum se use a expressão “Estado-Maior” para significar todo o conjunto de subordinados que trabalham directamente sob a autoridade de um comandante sem autoridade própria, na realidade, quer-se referir em termos mais precisos, ao conjunto dos Estados-Maiores que compõem um único Estado-Maior. Assim, um Estado-Maior encontra-se organizado, na realidade, em três Estados-Maiores: o Estado-Maior coordenador, o Estado-Maior técnico e o Estado-Maior pessoal. Um Estado-Maior, independentemente da sua qualificação, embora tenha responsabilidades próprias, essas responsabilidades são exercidas perante o comandante, pelo que este deve aconselhar e auxiliar um comandante militar a exercer o seu comando, mas não possui, em si mesmo, uma autoridade própria ou autónoma. A autoridade de um Estado-Maior é aquela que cada comandante lhe fixar e é exercida em nome do comandante e tem, em circunstâncias normais, tarefas de planeamento, conselho e de controlo de implementação dos planos e das ordens. Cada comandante ao organizar o seu Estado-Maior deve ponderar o seu conhecimento e experiência pessoal, o seu estilo de liderança, a diversidade das suas tarefas, o espaço e o tempo, a quantidade de informação a tratar, as qualificações e as capacidades dos seus meios,

⁸⁵ [Em linha]. [Acesso em 13 de Dezembro de 2009]. http://www-cgsc.army.mil/carl/resources/csi/iib_iji/iib_iji.asp.

⁸⁶ Regulamento de Campanha e Operações, p. 18, Capítulo 2, ponto 244.



*a localização do seu posto de comando, a mobilidade dos seus meios, as necessidades de operação contínua, a necessidade de executar outras tarefas concorrentes e, por fim, o nível de controlo necessário à correcta execução das suas ordens.*⁸⁷

Num Estado-Maior coordenador, os seus elementos são directamente responsáveis perante o comandante, através do Chefe do Estado-Maior, por uma pela combinação de várias áreas de actividade. A sua principal missão é ajudar o comandante a coordenar e supervisionar a execução de todos os planos, operações e actividades, excepto aquelas para as quais o comandante tiver designado exercer um controlo pessoal. Para além do Chefe do Estado-Maior que detém autoridade delegada pelo comandante, podem também ser nomeados outros oficiais designados por assistentes do Chefe do Estado-Maior, directores do staff, oficiais de coordenação ou outra designação equivalente, facto que reflecte o grau de autoridade que o comandante delegou para a coordenação no seio do seu Estado-Maior coordenador, tendo em consideração a complexidade das operações. Esta definição do grau de autoridade e de casa uma das áreas funcionais, é feita através de normas internas, cuja função é acelerar o exercício do comando e evitar conflitos e duplicações. Cada oficial de Estado-Maior detém uma autoridade limitada à sua função dentro da sua área de Estado-Maior, autoridade essa que, em regra, é definida por tarefas de conselho, planeamento e coordenação de acções dentro e fora da sua área funcional. De um modo geral, os oficiais que pertencem a um Estado-Maior coordenador têm como principal função analisar informação e o impacto que essa informação tem na operação em planeamento ou em curso. Talvez ainda mais importante que esta função de análise é a sua função de estudar e recomendar soluções em tempo útil, de modo a que o comandante possa decidir.

Num Estado-Maior técnico, as responsabilidades de cada membro⁸⁸ são de natureza essencialmente técnica e relacionadas com a sua área funcional, isto é, detêm especiais

⁸⁷ US Field Manual 101-5, Capítulo 2, p. 2.

⁸⁸ Segundo a experiência do autor, os membros de um Estado-Maior devem apresentar dois tipos de qualidades: as qualidades base e as adicionais. Por qualidades base entende-se aquelas que lhe permitem desempenhar as suas tarefas no interior da sua área funcional: competência profissional, capacidade de iniciativa e de análise, criatividade, confiança e lealdade. Por qualidades adicionais, entende-se aquelas que lhe permitem actuar, para além da sua área funcional, por vezes em nome do comandante: capacidade de construção de uma equipa, capacidades de gestão e de comunicação.

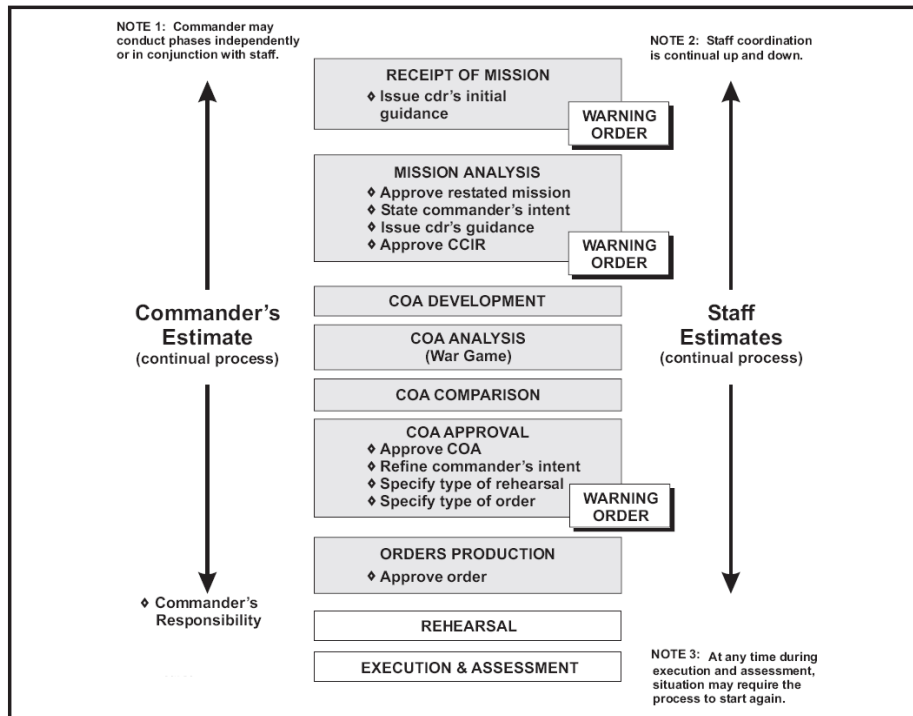


conhecimentos que, para além de necessidades de coordenação com o Estado-Maior coordenador, requerem uma responsabilidade directa perante o comandante. Este Estado-Maior não tem existência contínua e individualizada uma vez que acumula com as suas tarefas ordinárias, sendo a sua presença requerida em determinados momentos e a pedido do comandante. Do Estado-Maior técnico podem fazer parte, por exemplo, o comandante da polícia militar, o comandante da engenharia da força, o oficial médico ou mesmo o comandante da artilharia da força.

Finalmente, o Estado-Maior pessoal, que trabalha sob controlo imediato do comandante e que não tem composição fixa, tem por principal finalidade controlar as acções de outros oficiais, em muito casos, através da autoridade do Chefe do Estado-Maior, desempenhando também, sempre que necessário, tarefas técnicas e de coordenação. Entre eles podemos incluir os assistentes militares, os ajudantes de campo, os conselheiros jurídicos, os oficiais de informação pública, o sargento-mor e aqueles que doutrinariamente tem acesso directo ao comandante bem como todos os que o comandante assim o entenda.

Os três Estados-Maiores funcionam durante as fases de planeamento e de execução, através de uma lógica semelhante. Na fase de planeamento todos eles procuram encontrar as respostas mais adequadas para um problema cuja natureza é o emprego da força armada e, na fase de execução, todos eles procuram simultaneamente implementar a resposta seleccionada pelo comandante, respondendo a contingências não previstas, procurando que a resposta a implementar não se desvie da intenção do comandante. Particular destaque deve ser dado ao Estado-Maior pessoal que, deve funcionar como uma espécie de “controlo dos controladores” ou controladores de segundo nível.

Vejamos esta ideia através da figura seguinte retirada do *United States Field Manual* 101-5:⁸⁹



Há uma ideia central para a compreensão da problemática da produção e controlo das ordens. Qualquer operação segue, grosso modo o esquema da figura anterior, que culmina com a produção de um plano geral para a operação que, depois de assinado pelo comandante, o Estado-Maior transforma numa ordem escrita. A decisão do comandante e a assinatura do plano são os dois actos formais de génese de uma ordem geral para uma determinada operação, no sentido em que impõem condutas, em razão de um poder (legal) que habilita o comandante a fixar um mandato, mandato este que constitui obrigação para outros subordinados. Entendendo-se mandato como uma vontade de realizar uma determinada conduta.⁹⁰ Este

⁸⁹ Capítulo 5, p. 2.

⁹⁰ Lorenzo Morillas Cueva – *La obediencia debida, Aspectos legales y político-criminales*, p. 56-57: “Santoro define la orden, ... como «el mandato, que impone una conducta singular, en razón de una potestad que habilita a un sujeto a fijar el mandato que constituye una obligación para otro sujeto»... mandato consistente en una voluntad que se dirige a otro a fin de que realice una determinada conducta... la orden constituye un mandato particular de una conducta, la que ha de ejecutar un individuo singular,



mandato geral pode ser transformado noutras ordens subsequentes com idêntica finalidade geral, mas que determinam aspectos parcelares de execução. Isto é, esta ordem geral para a operação, irá fundamentar todas as outras ordens que se vierem a produzir, entre todos os escalões de comando, na fase de implementação do conceito de operação. Estas ordens subsequentes podem revestir diversas características, dependentemente da situação e do escalão em que são transmitidas: verbais, gráficas (através de transparentes) ou escritas – em texto organizado por parágrafos ou através de matrizes (quanto à forma); detalhadas, genéricas e parciais (quanto ao volume de informação); finais, subsequentes e preparatórias (quanto à finalidade); ordens electrónicas, por mensagem rádio ou por estafeta ou correio em formato papel (quanto ao meio de transmissão) e ainda ordens de operações, de movimento e ordens de apoio de serviços (quanto ao tipo). Todavia, todas as ordens em todos os escalões devem responder a três requisitos:

- a) Devem responder a cinco perguntas - Quando? (When?), Quem? (Who?), O quê? (What?/Task) Onde? (Where?), Porquê? ou Com que objectivo? (Why?/Purpose). Após a recepção de uma ordem, o superior que a enviou, deve certificar-se de que o escalão subordinado compreendeu correctamente o conteúdo desta, designadamente através da repetição;*
- b) Após a recepção da ordem, o subordinado deve obter do seu superior aprovação para uma 6ª pergunta: Como? (How?) se propõe executar a ordem recebida, para que se tenha a certeza que ambos entenderam a mensagem do mesmo modo;*
- c) Após as duas fases anteriores, a execução das ordens deve ser acompanhada, quer através da presença (do comandante ou dos elementos do seu Estado-Maior), ou através de outras técnicas como contactos regulares por telefone ou por vídeo-conferência, visitas, relatórios, etc.*

exige no un tipo de acto abstracto, sino un acto individualizado. Se contrapone, ... a la norma jurídica en cuanto ley abstracta y general por se dirigirse a una multiplicidad indeterminada de destinatarios."



No processo de planeamento o comandante intervém no sentido de clarificar, pessoalmente, assumindo a responsabilidade da prática desse facto, aquilo que ele entende ser fundamental para todo o Estado-Maior. Tudo o que decorre depois da aprovação final das ordens, quer no sentido da sua modificação, que no sentido da sua execução, ou está dentro do conceito previamente definido ou carece de nova decisão. A legitimidade do Estado-Maior, tal como a sua responsabilidade tem apenas e precisamente a extensão das decisões já tomadas e dos conceitos já transmitidos.

2.5.2. A informação

“O comandante guia o processo (de planeamento) e o seu Estado-Maior, mas o processo e o seu Estado-Maior não guiam o comandante”.

Mário de Oliveira Cardoso⁹¹

Um dos aspectos essenciais ao exercício do comando e controlo é a informação. A inclusão deste tópico tem duas finalidades. A primeira, é preparar a discussão do ponto seguinte que abordará a problemática do controlo. A segunda, é dar contexto ao vocábulo “informação”, do ponto de vista militar. Assim, informação descontextualizada não tem valor militar e, consequentemente, nem os comandantes, nem os Estados-Maiores são por ela atraídos. Num contexto de acções armadas, a capacidade de gerar informação, especialmente ao nível operacional, é quase infinita. Os Estados-Maiores das unidades militares lidam com esse imenso volume de informação, através de duas lógicas. Vejamos, pois, o modo como a informação está organizada no seio de uma força militar, tendo por base os conceitos de hierarquia cognitiva e informação relevante.

⁹¹ O Tenente-General Mário de Oliveira Cardoso, 2º Comandante do NATO Joint Command Lisbon (2006-2008) durante um briefing de orientação de planeamento dirigido ao Estado-Maior.

Quando vulgarmente nos referimos a algo e o designamos por informação, estamos na realidade a querer significar dados. Numa hierarquia cognitiva, estão definidos quatro níveis, onde o nosso vocábulo “informação” tem diferentes valores para um comandante militar, sendo objecto de maior ou menor atenção, consoante a sua relevância para o processo da decisão. Apesar da separação entre cada nível hierárquico-cognitivo não ser precisamente determinável, cada um por si apresenta um valor diferente para o sistema de comando e controlo.

No nível mais baixo da pirâmide hierárquico-cognitiva temos os dados⁹², isto é, sinais não processados detectados por um órgão de recolha de dados (humano, mecânico, electrónico, ou outro). Os dados raramente são considerados operacionalmente úteis até ao seu processamento para atribuição de um significado. Contudo, no caso dos dados relativos ao combate, e dada a urgência do seu tratamento, eles são tratados com base em critérios que permitam estabelecer uma “imagem operacional comum”.⁹³

O nível seguinte permite atribuir um significado aos dados recolhidos no nível anterior, após processamento. O processamento inclui a sua filtragem, formatação, organização, correlacionamento, categorização, verosimilhança, etc., obtendo-se assim o nível da informação com utilidade para uso imediato, quer para tomar decisões, quer para ser incluída na imagem operacional comum, que ainda para tomar outras acções como, por exemplo, desencadear mais necessidades de pesquisa.



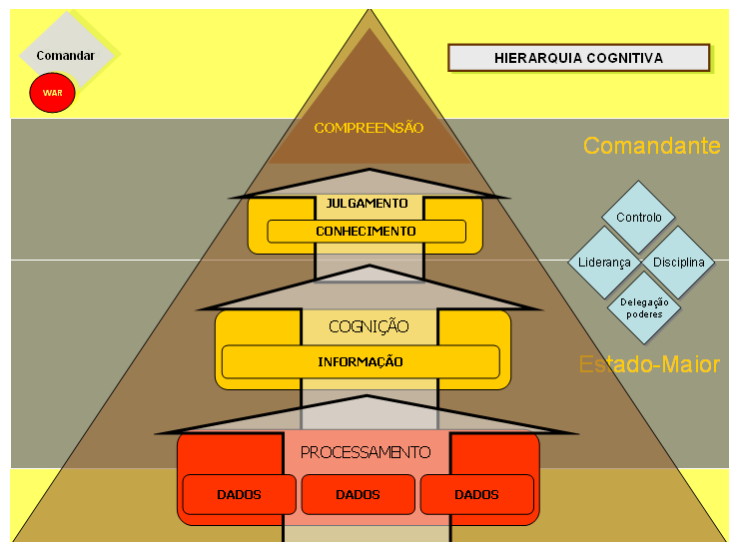
O terceiro nível é aquele em que a informação se torna verdadeiramente apetecível ao comandante e ao seu Estado-Maior. Neste nível, a informação é trabalhada para fazer

⁹² Tradução do autor a partir do US Army Field Manual 6.0 – Command and Control, Annex B, p. 1.

⁹³ “Common operational picture (COP)”.

sentido, para ter valor em termos de implicações para a operação militar em curso. Neste nível, estamos em presença, pela primeira vez, de uma dimensão cognitiva, isto é, a informação é apreendida e integrada com outra informação de modo a que possa vir a gerar conhecimento. Neste nível, o do conhecimento produzido é útil para apoiar a decisão, uma vez que possibilita aos comandantes e aos Estados-Maiors, não só identificar e relacionar factos, como também deduzir intenções e prever acções futuras, e ainda identificar o que não «conhecem» e precisam conhecer. Os indicadores genéricos de conhecimento podem agrupar-se em três grupos: organizacionais, pessoais e circunstanciais.⁹⁴

Finalmente, o nível mais elaborado é o nível da compreensão, isto é, neste nível conhece-se e compreende-se após uma sintetização e apreciação crítica relacional, tendo em conta uma determinada situação. Por outras palavras, é possível saber “O quê?” e o “Porquê?”. O nível da compreensão é baseado na transformação operada por uma apreciação crítica, isto é, uma apreciação individual baseada na experiência, intuição, formação, sensibilidade e no carácter do próprio comandante. Assim, parece-nos existir uma relação directa entre controlo e hierárquica e entre



hierarquia e o nível de informação disponível para um determinado comandante. Tendo em consideração a figura seguinte, podemos afirmar que a delegação de poderes num Estado-Maior e nos comandantes subordinados fará com que seja possível analisar e decidir sobre toda a informação disponível, sendo encaminhada para o comandante apenas aquela que for

⁹⁴ Neste último grupo inserem-se as acções de “decepção” que, segundo a Allied Joint Publication - AJP 3-10, podem ser definidas como: “Deception involves measures designed to mislead adversaries by manipulation, distortion or falsification of evidence to induce him to react in a manner prejudicial to his own interest. Deception is a complex art, which demands considerable effort, a high level of security and a sound understanding of an adversary’s way of thinking”.



relevante para esse mesmo comandante, tendo em conta as suas orientações e a sua intenção. Isto é, uma vez que a cognição e a apreciação pelo Estado-Maior permitem, com base nas directivas recebidas e no nível de autoridade delegada, manter informado o comandante apenas do essencial, cada comandante não tem assim necessidade de conhecer directamente tudo o que se passa sob a sua autoridade, mas tão-somente aquilo que tem um impacto significativo na sua missão.

Todavia, só a delegação de poderes não seria bastante. Ao comandante militar, preparado para actuar em situações críticas, deve acrescentar-se que a liderança e a disciplina, permitem que o controlo de exerça através da delegação de poderes, uma vez que são estas as ferramentas que asseguram a qualquer comandante o funcionamento em situações críticas, onde é necessário conjugar a obediência às normas e às ordens, criando em todos os subordinados uma energia pessoal capaz de funcionar, quanto todas as outras se extinguírem.

2.5.3. O controlo das ordens

“An order shall contain everything that a commander cannot do by himself but nothing else”.

Moltke⁹⁵

Um bom comandante nunca dá uma ordem, sem se certificar que o sim do seu subordinado significa exactamente aquilo que tem em mente, tendo particularmente atenção que a cultura tem um papel importante na descodificação da mensagem. No capítulo anterior referimo-nos, no essencial, ao comando. Todavia, comando e controlo estão relacionados⁹⁶.

⁹⁵ Rupert Smith, *Utility of Force*, p. 68.

⁹⁶ Regulamento de Campanha e Operações, p. 1 do Capítulo 2: Os termos Comando e Controlo estão intimamente relacionados e são regularmente usados em conjunto; no entanto não são sinónimos. Comando define-se como a autoridade investida num militar para dirigir, coordenar e controlar uma força militar. Pode ser descrito como o processo pelo qual um comandante impõe a sua vontade e intenções, sobre os seus subordinados, tendo em vista o desencadear de uma qualquer acção. Compreende, a autoridade e a responsabilidade de projecção e atribuição de forças, no cumprimento das suas missões. Controlo é a autoridade exercida por/processo pelo qual, um comandante, assistido pelo seu Estado-Maior, organiza, dirigir e coordena as actividades de organizações suas subordinadas, ou outras organizações que não estejam normalmente sob o seu comando e que engloba a responsabilidade de implementar ordens e directivas. Toda ou parte desta autoridade pode ser transferida ou delegada.



Comando é, como já dissemos, uma autoridade de natureza pessoal, acompanhada de uma capacidade para decidir e liderar. Por controlo deve entender-se o modo como os comandantes executam o comando, no sentido de um mecanismo de reforço de um comportamento positivo e correcção do rumo, no caso de resultado não desejados. Por controlo deve entender-se precisamente a certificação por parte do superior que a descodificação da mensagem se fez do modo correcto. Vejamos, então, algumas definições:

- Controlo⁹⁷ é a autoridade exercida por um comandante sobre parte das actividades de uma organização sua subordinada ou outras organizações normalmente fora do seu comando, e que compreende a responsabilidade por implementar as ordens e as orientações recebidas;*
- Controlo⁹⁸ é também a direcção da execução das ordens a serem executadas pelas forças e pelos sistemas de armas, no sentido do cumprimento da missão, de acordo com a intenção do comandante;*
- Controlo⁹⁹ pode ainda ser definido como a disseminação das decisões de um comandante e das suas intenções, seguida de uma supervisão e de um ajustamento das forças que lhe estão subordinadas e pode ocorrer antes, durante e depois de uma operação militar;*
- Controlo¹⁰⁰ pode igualmente ser definido como a autoridade exercida por/processo pelo qual, um comandante, assistido pelo seu Estado-Maior, organiza, dirige e coordena as actividades de organizações suas subordinadas, ou outras organizações que não estejam normalmente sob o seu comando e que engloba a responsabilidade de implementar ordens e directivas. Toda ou parte desta autoridade pode ser transferida ou delegada;*

⁹⁷ Tradução do autor a partir da *Allied Joint Publication - AJP 3.2.2, 2nd draft*, p. 2-15.

⁹⁸ Tradução do autor a partir do *US Army Field Manual 6.0 – Command and Control*, Chapter 3, p. 1.

⁹⁹ Tradução do autor a partir do *US Army Field Manual 101-5 – Staff Organization and Operations*, p. 1-2.

¹⁰⁰ Regulamento de Campanha e Operações, Estado-Maior do Exército, 2005, ponto 21102, p. 2-1.



- *Controlo (de gestão)¹⁰¹ é o processo pelo qual os gestores asseguram que os recursos são obtidos e utilizados e que a organização conduz a sua estratégia, eficaz e eficiente, na realização dos seus objectivos. Um bom sistema de controlo de gestão inclui: uma lista dos objectivos da entidade; um plano da organização para concretizar os objectivos; pessoal em qualidade e quantidade proporcional às suas responsabilidades, com adequada segregação de funções; o estabelecimento de um sistema de políticas e práticas adequadas para cada unidade ou programa; e um eficiente sistema de revisão em todos os níveis de actividade a fim de certificar que o sistema de políticas e práticas apropriadas está sendo cumprido;*
- *Controlo¹⁰² é uma das funções de gestão que consiste em medir e corrigir o desempenho a fim de assegurar que os objectivos organizacionais e os planos estabelecidos para os alcançar sejam realizados, apontando no sentido de um mero mecanismo de reforço do comportamento positivo e correcção do rumo, no caso de resultados não desejados;*
- *O controlo da gerência¹⁰³ é um esforço sistemático ajustar padrões de desempenho com objectivos do planeamento, projectar sistemas do gabarito de informação, comparar o desempenho real com estes padrões predeterminados, determinar se há algum desvio e para medir seu significado, e fazer exame de toda a acção requerida assegurar que todos os recursos incorporados estão sendo usados na maneira a mais eficaz e a mais eficiente possível em conseguir objectivos incorporados;*
- *Controlo¹⁰⁴ é o exercício de uma autoridade no sentido de ajustar requisitos, verificar resultados através de comparação com um modelo ou standard, dirigir ou gerir recursos ou situações, medir ou impor um limite, supervisionar ou instruir situações, recursos ou pessoas.*

¹⁰¹ *Glossário de termos e expressões normalmente utilizados no controlo e avaliação da administração financeira pública» - Anexo ao Livro "Controlo e Avaliação da Gestão Pública", Ed. Rei dos Livros, 1996.*

¹⁰² *Idalberto Chiavenato - Gestão de Pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.*

¹⁰³ *Robert J. Mockler [Em linha]. [Acesso em 23 de Outubro de 2009]. <http://www.strategic-control.24x7.com/pt103>.*

¹⁰⁴ *[Em linha]. [Acesso em 23 de Outubro de 2008]. <http://www.thefreedictionary.com/control>.*



As diferentes definições que abarcam diferentes perspectivas do conhecimento sobre o conceito de controlo apontam para duas ideias essenciais. Por um lado, trata-se de processo que visa garantir que as decisões são executadas de acordo com uma determinada intenção e que os resultados obtidos são os previstos na fase de concepção e planeamento. Isto é, de modo mais simples, comparar o planeado com o realizado e iniciar acções correctivas se for o caso. Por outro lado, sendo na prática impossível controlar todas as acções que levam à produção dos resultados esperados, o controlo deve centrar-se em pontos críticos no processo de execução das tarefas adstritas à produção de um determinado resultado. Trata-se, assim, de um mecanismo que tem por objectivo assegurar métodos e resultados e que, tendo em consideração a sua importância, deverá envolver pessoalmente o comandante de forma indirecta e todo o Estado-Maior e toda a cadeia de comando de forma directa. Para isso, os comandantes podem delegar ou transferir autoridade, de modo a assegurar uma contínua vigilância, monitorização, direcção e coordenação da execução. Qualquer sistema de controlo deve assegurar uma recolha, uma organização e uma análise da informação, que permita de modo credível (os sistema de comando e controlo são também alvo das acções do adversário e, portanto, estão eles próprios sujeitos a perturbações), concluir sobre o modo como está a decorrer a execução das diferentes tarefas.

É, pois, chegado o momento de colocar em confronto duas teorias (a perspectiva da doutrina das ciências militares e das ciências jurídicas), para se apurar o verdadeiro sentido do conceito de “controlo efectivo” que, como veremos no Capítulo 5, é um dos conceitos centrais no estudo do primeiro elemento da responsabilidade de comando e dos outros superiores hierárquicos. Na verdade, como vemos, “... não há responsabilidade de comando sem controlo efectivo”¹⁰⁵. Analisemos, em primeiro lugar, a perspectiva da doutrina das ciências militares.

¹⁰⁵ Case n.º IT-96-21-A Čelebići Appeal Judgment, 20 February 2001, nota de pé-de-página 374, p. 79: “It has been elsewhere accepted in the jurisprudence of the Tribunal that, where there is no effective control, there is no superior responsibility: Aleksovski Trial Judgment, § 108 (HVO soldiers with arms forced their way into the prison without the guards being able to stop them) and § 111 (no finding was made on any existence of control by Aleksovski over the HVO soldiers)”. [Em linha]. [Acesso em 15 de Dezembro de 2009]. <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/ce/aj010220.pdf>



Apresentamos anteriormente uma definição¹⁰⁶ de comando, como a autoridade investida num militar para dirigir, coordenar e controlar uma força militar. Pode ser descrito como o processo pelo qual um comandante impõe a sua vontade e intenções, sobre os seus subordinados, tendo em vista o desencadear de uma qualquer acção. Compreende, a autoridade e a responsabilidade de projecção e atribuição de forças, no cumprimento das suas missões. Mas vejamos ainda uma outra. Comando pode também ser definido como a autoridade que um comandante exerce, ao abrigo do direito vigente, sobre os seus subordinados, em virtude do seu posto e das suas funções. Comandar inclui a autoridade e a responsabilidade pelo uso efectivo dos recursos, pelo planeamento e emprego dos mesmos, organização, direcção, coordenação e pelo controlo das suas forças militares tendo em vista o cumprimento da missão. Comandar inclui a responsabilidade pela saúde física, bem-estar, moral e disciplina do seu pessoal. Os elementos do comando¹⁰⁷ compreendem a autoridade,¹⁰⁸ a capacidade de decisão¹⁰⁹ e a liderança¹¹⁰.

Das duas definições resulta, em síntese, que comandar implica autoridade, processos, responsabilidade, como ilustra a seguinte tabela:

¹⁰⁶ Nos termos do Regulamento de Campanha e Operações, Estado-Maior do Exército, 2005, p. 1, Capítulo 2, ponto 202.

¹⁰⁷ "To command is the authority that a commander in the armed forces lawfully exercises over subordinates by virtue of rank or assignment. Command includes the authority and responsibility for effectively using available resources and for planning the employment of, organizing, directing, coordinating, and controlling military forces for the accomplishment of assigned missions. It also includes responsibility for health, welfare, morale, and discipline of assigned personnel (JP 0-2). The elements of command are authority, decision making, and leadership." US Field Manual 6.0 Mission Command: Command and Control of Army Forces, § 1-10, p. 1-4.

¹⁰⁸ "Authority is the delegated power to judge, act, or command. It includes responsibility, accountability, and delegation. Commanders use the art of command in applying authority as they decide (plan how to achieve the end state) and lead (direct their forces during preparation and execution)." US Field Manual 6.0 Mission Command: Command and Control of Army Forces, § 1-11, p. 1-4.

¹⁰⁹ "Decision making is selecting a course of action as the one most favorable to accomplish the mission. It translates the products of the commander's visualization (see chapter 4) into action. Decision making includes knowing if to decide, then when and what to decide, and understanding the consequences of decisions. It is both art and science. Commanders use visualizing, describing, and directing to determine and communicate their decisions". US Field Manual 6.0 Mission Command: Command and Control of Army Forces, § 1-12, p. 1-4.

¹¹⁰ "Leadership is influencing people -by providing purpose, direction, and motivation - while operating to accomplish the mission and improving the organization (FM 22-100). Commanders lead through a combination of example, persuasion, and compulsion. The leadership of commanders ultimately includes force of will." US Field Manual 6.0 Mission Command: Command and Control of Army Forces, § 1-13, p. 1-4.

<i>Comandar</i>
<i>Autoridade</i>
<i>Processo e a tomada da decisão</i>
<i>Influência sobre pessoas e processos</i>
<i>Responsabilidade</i>

Um dos princípios fundamentais do uso da força é a unidade de comando. Isto significa por palavras simples, que apenas um e só um oficial comanda. Acontece que, a autoridade de um comandante é exercida através de outros oficiais, que por sua vez exercem a sua autoridade em nome do comandante ao longo da cadeia de comando.¹¹¹ É, todavia, no momento em que o comandante exerce a sua autoridade através de outros que encontramos a relação entre comandar e controlar. Vemos anteriormente diversas definições de controlo, referindo que o controlo é um processo que visa garantir que as decisões são executadas de acordo com uma determinada intenção e que os resultados obtidos, são os previstos na fase de concepção e planeamento. Tal como ilustra a figura seguinte, controlo efectivo pode caracterizar-se pelos seguintes elementos:

<i>Controlo efectivo</i>
<i>Informação e conhecimento</i>
<i>Continuidade</i>
<i>Decisão</i>
<i>Ajustamento</i>

Para se analisar da capacidade de controlo efectivo de um comandante sobre as suas forças, deve recorrer-se à análise de três elementos: a informação, a comunicação e a própria

¹¹¹ "In any command, only one officer commands. This is embodied in the principle of war, unity of command. Commanders may exercise command through others by delegating authority; however, delegation does not absolve commanders of their responsibilities to the higher commander. Commanders initiate action by issuing lawful orders." US Field Manual 6.0 Mission Command: Command and Control of Army Forces, § 1-14, p. 1-4.



estrutura de controlo.¹¹² A informação são os conteúdos que se destinam a dar sentido e a provocar o entendimento dos acontecimentos durante a conduta das operações. Comunicação é, no essencial, o modo como os conteúdos são transferidos entre escalões e entre pessoas, com o propósito de partilhar imagens e conceitos. Comunicar, neste sentido, é mais do que uma simples troca de informação; é essencialmente um modo de construir confiança, de obter e reforçar a cooperação, de promover a coesão e de garantir o entendimento mútuo. Neste processo, o *feedback* tem particular relevância. Finalmente, a estrutura é o modo como estão organizadas as interações entre as diferentes pessoas e organizações subordinadas, com particular relevância para o Estado-Maior e para os comandantes directamente subordinados. Um destes modos de organizar estas interações entre os diversos componentes de um Estado-Maior, sobretudo do ponto de vista interno, é o “battle rythm”. O conceito de “battle rythm” determina uma sequência de acções e de intervenientes que visa produzir um resultado, uma reacção a um incidente. O “battle rythm” permite adaptar o ciclo de Bloyd a uma necessidade concreta e trabalhar em várias dimensões do tempo simultaneamente, facto que se torna particularmente importante em conflitos de 4ª geração, de natureza assimétrica ou quando a componente mediática se revela muito intensa.

Um comandante pode, através de medidas simples planeadas para serem executadas em momentos críticos, obter os seguintes resultados: padronizar o desempenho, estabelecer melhores práticas, responsabilizar individualmente, proteger e melhorar a afectação dos recursos, padronizar a qualidade de execução das tarefas, limitar a autoridade e medir o desempenho individual e colectivo. Entre essas medidas simples, podemos encontrar as seguintes: inspecções, visitas não anunciadas do comandante ou do seu Estado-Maior,

¹¹² “Control - Success in command is impossible without control. Within command and control, control is the regulation of forces and battlefield operating systems to accomplish the mission in accordance with the commander's intent. It includes collecting, processing, displaying, storing, and disseminating relevant information for creating the common operational picture, and using information, primarily by the staff, during the operations process. Control allows commanders to disseminate their commander's intent, execute decisions, and adjust their operations to reflect changing reality and enemy actions. It allows commanders to modify their commander's visualization to account for changing circumstances. Control also allows commanders to identify times and points requiring new decisions during preparation and execution. The elements of control are Information, Communication and Structure.” US Field Manual 6.0 Mission Command: Command and Control of Army Forces, § 1-15, p. 1-4.



presença do comandante em momentos e locais críticos de uma operação, elaboração de estatísticas, organização de incentivos, formação, exploração/investigação de indícios, definição de tarefas parcelares, colocação de perguntas, execução de briefings, análise de lições aprendidas (feedback e feed forward), elaboração de relatórios periódicos e inopinados, implementação de normas de execução permanente, o uso de oficiais de ligação, a execução de directivas guia para determinados procedimentos, escrituração de diários das unidades, institucionalização de boas práticas, etc.

Existem vários tipos de controlo organizados quanto ao momento em que são realizados, como é o caso do controlo prévio, concomitante e sucessivo; quanto ao modo como é exercido, quer seja pela sua natureza procedimental, quer através do controlo positivo¹¹³, quanto ao critério da amplitude, isto é estratégico, operacional ou tático; quanto à posição relativa, isto é, auto controlo, controlo funcional, controlo hierárquico, controlo interno, controlo externo, mas todos eles requerem a definição de padrões.¹¹⁴ Entre os vários tipos de padrões, destacamos os seguintes: padrões de tempo, padrões de comportamento, padrões de execução ou de “boas práticas” e padrões de qualidade. Mas o controlo não tem que ser um processo sofisticado, há uma técnica simples e que deve ser utilizada por todos os comandantes: depois dar uma ordem, deve fazer-se perguntas, muitas perguntas, até que o comandante esteja convicto que a mensagem foi correctamente descodificada.

Vejamos agora, em segundo lugar, a perspectiva das Ciências Jurídicas, no caso concreto a jurisprudência sobre o mesmo conceito de controlo efectivo. O conceito base de controlo efectivo foi apresentado pelo ICTR nos seguintes termos: existe controlo efectivo quando alguém detém a “capacidade material para impedir os crimes ou para punir os seus agentes

¹¹³ A primeira consiste no uso de um conjunto de instrumentos previamente implementados e que permitem regular o modo como estão a ser executadas as ordens. Entre estes instrumentos temos as normas de execução permanentes (relatórios verbais, relatórios escritos, fotografia documental, etc.), a doutrina (princípios de acção de entendimento comum, como por exemplo a unidade de comando, a flexibilidade, etc.) e os procedimentos de natureza tática e técnica (transparentes de operações, métodos de execução de tiro, etc.). A segunda, isto é, o controlo positivo, requer do comandante e dos seus subordinados um papel activo de construção da sua convicção pessoal. Este facto, permite concluir que o controlo, é uma actividade inerente ao exercício do comando, mas é exercida de modo distinto deste. Apontamentos aulas teóricas do Curso de Promoção a Oficial Superior, Instituto de Altos Estudos Militares, Lisboa, 1998.

¹¹⁴ Nível de actividade (de realização) estabelecido para servir como um modelo para a avaliação do desempenho organizacional.



(tradução do autor)”¹¹⁵. Concretamente, como refere Guénaél Mettraux¹¹⁶ citando o §354 do caso ICTY *Delalić and others* (n.º IT-96-21-T) (1ª instância) e o caso ICTY *Orić Nasser* (n.º IT-03-68-T) §311 (1ª instância), controlo efectivo significa “o poder e a capacidade de realizar actos concretos para impedir ou punir crimes cometidos por outros ou que estejam na iminência de serem cometidos (tradução do autor)” ou “o poder de obrigar à realização de um certo acto... de impor obediência às suas ordens com o objectivo de impedir ou punir os agentes do crimes (tradução do autor)” ou ainda “autoridade real sobre os agentes dos crimes... por oposição a uma autoridade teórica ou potencial... anterior ao momento em que o superior falha aos seus deveres (tradução do autor)”. Assim, tal como ilustra a figura seguinte, controlo efectivo, do ponto de vista dos Tribunais ad hoc, pode caracterizar-se pelos seguintes elementos:

Controlo efectivo
Capacidade material
Realizar actos concretos
Impor obediência às suas ordens
Impedir ou punir

Em síntese, considerando ambas as perspectivas, podemos afirmar que o controlo efectivo de um subordinado existe quando, o seu comandante por si ou através dos seus oficiais, observa em continuidade e conhece (detém informação e julga) os seus actos, possibilitando-lhe esse conhecimento a decisão (ao superior) de ajustar o comportamento do seu subordinado, tendo, neste caso, a capacidade material de realizar actos concretos,

¹¹⁵ *Delalić and others* (IT-96-21-T), trial Chamber, 16 November 1998, [Em linha]. [Acesso em 12 de Abril de 2009]. <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>, §378. “Accordingly, it is the Trial Chamber’s view that, in order for the principle of superior responsibility to be applicable, it is necessary that the superior have effective control over the persons committing the underlying violations of international humanitarian law, in the sense of having the material ability to prevent and punish the commission of these offences. With the caveat that such authority can have a de facto as well as a de jure character, the Trial Chamber accordingly shares the view expressed by the International Law Commission that the doctrine of superior responsibility extends to civilian superiors only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates which is similar to that of military commanders.”

¹¹⁶ *The Law of Command Responsibility*, New York: Oxford University Press Inc, 2009, p.157 e 158.

impondo-lhe obediência no sentido de impedir a execução do crime, ou punir o seu autor. Todavia, dada a dificuldade e a importância em estabelecer a existência deste tipo de controlo, avaliação do controlo efectivo deve ser estabelecida com base em indícios. Assim, este assunto será objecto de nova avaliação durante o Capítulo 5, a propósito do vínculo de subordinação e do elemento de natureza hierárquica.

2.6. Uma perspectiva tutelar da responsabilidade de comando

“Injustice anywhere is a threat to justice everywhere”.

Martin Luther King¹¹⁷

O exercício da autoridade de comando tem diferentes impactos na tutela de responsabilidade dos indivíduos investidos de tais funções. O quadro seguinte procura elencar esses mesmos impactos, tendo em atenção a conceptualização apresentada até ao momento. Aquilo que nos interessa estudar é a perspectiva da protecção de valores penais fundamentais para a comunidade internacional, de modo a responder à questão central da nossa investigação: Quais são as referências permanentes na delimitação do elemento cognitivo na responsabilização individual por omissão, no caso dos chefes militares e de outros superiores hierárquicos?

Assim, procuraremos centrar a nossa atenção na dimensão criminal internacional do estudo dos elementos cognitivos da responsabilidade de comando, naquilo que esta poderá contribuir para a preservação dos bens jurídicos ou dos valores assumidos pela consciência da comunidade internacional (e só estes) como indispensáveis e essenciais à existência e realização da dignidade dos indivíduos e dos outros sujeitos internacionais. Dentro deste conjunto de bens jurídicos tutelados pela comunidade internacional, cujo objectivo é a protecção de valores fundamentais para essa mesma comunidade internacional, destacam-se os valores da paz e a dignidade humana. Nesta perspectiva, e tendo consciência que o estudo do

¹¹⁷ Pastor e activista norte-americano dos direitos civis (1929 - 1968) - Letter from Birmingham Jail, April 16th, 1963.

exercício da autoridade de comando terá maior utilidade se realizado levando também em consideração que uma boa parte das operações militares tem lugar fora do domínio soberano do seu Estado de origem, adoptamos as ideias de Rupert Smith no sentido em que, por um lado “(...) não existem soldados internacionais, pois embora eles ou elas usem capacetes azuis (...) cada um é responsável, em primeiro lugar, perante a lei do seu Estado nacional (...) (tradução do autor)”¹¹⁸, e, em que por outro, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional estabelece o princípio da complementaridade da sua jurisdição com as jurisdições penais nacionais, por via dos artigos 1º, 17º e 18º. De outro modo, aquilo que nos interessa estudar é a perspectiva da protecção de valores penais fundamentais para a comunidade internacional, sempre que as jurisdições nacionais não queiram, ou não tenham capacidade para o fazer. O quadro seguinte tem pois por finalidade situar a perspectiva adoptada, num âmbito mais amplo:

<i>Perspectiva adoptada de responsabilidade</i>					
<i>Privada (individual)</i>	<i>Pública</i>				<i>Privada (relacional)</i>
O indivíduo consigo próprio	O indivíduo e a comunidade internacional	O indivíduo e a comunidade nacional	O indivíduo e a comunidade nacional	O indivíduo e a sua organização profissional	O indivíduo com outros indivíduos
Ética/Moral	Penal Internacional	Penal Nacional	Mera ordenação social	Direito Disciplinar	Responsabilidade Civil
Responsabilidade ético-moral	Ilícito penal internacional	Ilícito penal	Ilícito da mera ordenação social	Ilícito disciplinar administrativo	Direito Civil
Valores individuais e de consciência pessoal	Valores Penais ¹¹⁹		Valores Administrativos		Valores Privados
Protecção de valores da consciência individual	Protecção de valores penais fundamentais para a comunidade internacional, entre os quais a paz e a dignidade humana.	Protecção de valores penais fundamentais para a comunidade nacional, entre os quais a realização pessoal e a convivência e interacção social	Protecção de valores penais fundamentais para a comunidade social, entre os quais o progresso, a segurança e a interacção social	Protecção de interesses administrativos específicos da organização, entre os quais a boa organização, eficaz funcionamento, justiça e dignidade da função	Protecção de interesses privados do respectivo titular, designadamente no que respeita à propriedade

¹¹⁸ The utility of force, p. 306-386.

¹¹⁹ Américo, A. Taipa de Carvalho, Universidade Católica Portuguesa, Porto 2003, reimpressão de 2006, Vol I, p. 258ss.

A protecção dos valores penais fundamentais a que nos referimos encontra-se disseminada pelo acervo jurídico internacional, em particular o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1998). Este Estatuto, ao estatuir quatro crimes, cuja censurabilidade tem sido amplamente estudada pela comunidade internacional, reconhece-os como aqueles que melhor tutelam a paz e a dignidade dos indivíduos: os crimes contra a humanidade, o crime de genocídio, o crime de agressão e os crimes de guerra. Ora, em linha com este desiderato e, tendo em consideração que um dos grandes desafios dos comandantes modernos não é apenas ganhar os conflitos, mas conquistar as mentes e os corações dos adversários, como meio para eliminar as verdadeiras causas dos conflitos (e não apenas mascarar os seus sintomas), e aceder à aceitabilidade como atributo fundamental da legitimidade, trataremos neste estudo, não todos os tipos de crime relativos à paz e à dignidade humana, apenas os crimes de guerra, por serem aqueles se que inserem directamente na perspectiva da responsabilidade individual durante a existência de conflitos armados. O crime de agressão, embora não tipificado no Estatuto de Tribunal Penal Internacional, vê a sua aplicabilidade directamente relacionada, segundo alguns¹²⁰, com os indivíduos em certas posições de chefia ou no exercício de funções de soberania e, segundo outros¹²¹, com a responsabilidade dos Estados e os crimes contra a humanidade e de genocídio, não requerem necessariamente a existência de um conflito armado. Neste contexto, os crimes de guerra são, portanto, os únicos dos quatro tipos legais previstos pelo Estatuto que aproveitam à responsabilidade de agentes militares ou civis, exclusivamente numa situação de conflito armado.

Todos os exércitos no campo de batalha tendem a cometer excessos uma vez que, nem sempre a disciplina imposta aos seus efectivos por cada um dos biligerantes, é a bastante para impedir que violações da lei ocorram. É certo que a responsabilidade primária pela determinação em concreto dos possíveis elementos de incriminação reside no Estados nacionais. Todavia, por vezes não é possível proceder desse modo, pelo que importa centrar o nosso estudo no conceito de crimes de guerra consagrado internacionalmente, tendo em vista o

¹²⁰ Paula Escarameia - o Tribunal Penal Internacional e o Crime de Agressão. *Direito e Justiça*, Volume Especial 2006, Edição da Universidade Católica Editora, p. 36.

¹²¹ Maria Francisco Saraiva. *Cadernos Navais* n.º 23, Edições Culturais da Marinha, Lisboa, 2007, p.70.



princípio da complementaridade. Assim, urge de imediato exarar algumas importantes considerações. Em primeiro lugar, os crimes de guerra não compreendem todas as violações do direito internacional aplicável a situações de conflito armado, isto é, há violações que não se inserem na categoria de crimes de guerra, como muito bem explica H. Lauterpacht.¹²² Para além deste facto, os crimes de guerra correspondem apenas às mais graves violações da lei dos conflitos armados, como reconhece o artigo 85º, n.º 5 do Protocolo I adicional às Convenções de Genebra de 1949. Em segundo lugar, não existe apenas uma, mas várias definições de crimes de guerra, como a do artigo 6º, alínea b) da Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga (1945), como a produzida pela própria jurisprudência do Tribunal em 1946, como ainda a detalhada, mas não exaustiva definição do artigo 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Em terceiro lugar, os crimes de guerra não são apenas as mais graves violações da lei dos conflitos armados cometidas em tempo de guerra pois, em certas circunstâncias, também pode haver actos susceptíveis de serem qualificados como crimes de guerra, fora do tempo de guerra. Em quarto lugar, há uma tendência para associar de imediato o conceito de criminoso de guerra ao conceito de combatente ilegal. Este último tem necessariamente de ser um combatente, mas no primeiro caso, um criminoso de guerra, não tem sequer que ser um combatente, poderá perfeitamente ser um não combatente. É claro que um combatente ilegal pode, simultaneamente, ser um criminoso de guerra. Finalmente, a aplicabilidade do conceito de crimes de guerra ocorre em situações susceptíveis de serem qualificadas não só como “guerra” mas, na maior parte dos casos, como “conflito armado”, pelo que o próprio conceito carece de contextualização.

Tendo em conta as questões ligeiramente afloradas sobre o conceito de crimes de guerra, bem como a centralidade das questões da autoridade de comando, abordaremos no próximo capítulo, com mais detalhe, o problema deste tipo legal de crime, tendo em vista precisar em concreto sobre que actos recai a responsabilidade dos comandantes militares e de outros superiores hierárquicos.

¹²² The Law of the Nations and the punishment of war crimes, citado por Yoram Dinstein, p. 229.

3. Elementos essenciais da tipologia criminal internacional

3.1. Aspectos introdutórios

“... silent enim leges inter arma”.

Cícero (106 BC - 43 BC), Pro Milone, 4.11¹

Este capítulo tem uma finalidade analítico-instrumental, isto é, examinar, enquadrar e preparar a abordagem dos capítulos seguintes. O seu principal objectivo é identificar os aspectos doutrinários que irão permitir tratar a questão da responsabilidade criminal individual dos agentes, no contexto dos crimes de guerra numa perspectiva abrangente e, mais tarde, estudar o caso particular da responsabilidade dos chefes militares ou de comando. Assim, interessa determinar, já numa primeira fase e com especial cuidado, o conceito de crimes de guerra e a sua contextualização, com particular destaque para as soluções do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, tendo em conta a clássica classificação dos conflitos em internacionais e não internacionais. Num segundo momento, veremos como foram organizados os elementos subjectivos e os elementos objectivos do tipo crimes de guerra que estão na base da responsabilidade individual, procurando alguma análise comparativa com a “civil law” e a “anglo-american law”. Finalmente, tendo em atenção que em Nuremberga, ao mesmo tempo que se reconheceram os princípios da responsabilidade individual e da imunidade dos representantes oficiais do Estado, reconheceu-se também que este tipo de crimes estava ligado ao exercício de uma violência massiva e sistemática. Assim, para além do seu carácter de alta censurabilidade, importa trazer a lume a perspectiva internacional da teoria da comparticipação criminosa aplicável à responsabilidade individual pelos crimes de guerra em geral e, muito em particular, ao crime previsto pelo artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, uma

¹ Esta frase consta do discurso “Tito Annio Milone ad iudicem oratio (Pro Milone)” escrito em 52 aC por Marcus Tullius Cicero em nome do seu amigo Titus Annius Milo. A tradução inglesa da expressão latina comumente aceite é: “in times of war, the law falls silent” que, se poderá traduzir livremente para português como: “em tempo de guerra, o direito não se aplica”.



vez que, estamos cientes, “a criminalidade em tempo de guerra correlaciona, quase sempre e de uma maneira mais ou menos complexa, uma pluralidade de agentes prevaricadores (agentes singulares ou integrados em organizações)”², facto que levanta ele próprio a problemática do controlo e da responsabilidade dos superiores hierárquicos.

Ainda antes de iniciar esta temática, importa aduzir algumas notas. Como vimos no Capítulo 1, as regras consuetudinárias relativas aos crimes de guerra têm a sua origem na designada “municipal law” e foram sendo gradualmente incorporadas no direito internacional. Acontece que os sistemas jurídico-penais nacionais não apresentam uma regulação uniforme do seu direito criminal. Pelo contrário, como explica Antonio Cassese³, estão divididos em vários sistemas, dos quais emergem principalmente dois: os Estados da common law (Reino Unido, Estados Unidos da América, Austrália, Canadá e alguns Estados africanos e asiáticos) e os Estados da civil law alinhados na sua origem nos princípios romano-germânicos (Europa Continental, Norte da Europa, América Latina, muitos Estados árabes e asiáticos, incluindo a China). Esta origem das normas internacionais heterogenia e compósita tem um profundo impacto na análise efectuada neste capítulo e no capítulo seguinte, porque ambos versam parte da denominada “Parte Geral do Direito Criminal Internacional”, designadamente na determinação dos elementos subjectivos dos crimes, na diferenciação das várias categorias de responsabilidade e nas condições de exclusão dessa mesma responsabilidade. Consideraremos, assim, que o direito criminal internacional é um ramo híbrido no sentido de que é composto de regras, internacionais por um lado, mas impregnadas com noções, princípios e construções que derivam da municipal law, do Direito Internacional Humanitário e do acervo relativo aos Direitos Humanos. Os Tribunais ad hoc e o Tribunal Penal Internacional, em particular, representam, nesta perspectiva, uma extraordinária evolução no sentido da autonomização do Direito Internacional Penal.

² Tradução e adaptação do autor a partir de Shiedregt, E. van. *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, p. 15.

³ *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 7.



3.2. *A necessidade de responsabilização internacional*

“(...) peace now and justice some other time”.

M Cherif Bassiouni⁴

O legado do século XX é um pesado fardo histórico, se pensarmos nos 170 milhões de mortos que resultaram dos nossos conflitos, dos quais “apenas” 33 milhões⁵ se poderiam considerar combatentes. Este abominável legado tem por detrás um acentuado decréscimo dos conflitos de natureza internacional e um exponencial crescimento dos conflitos de carácter não internacional, cuja intensidade neste último caso é, cada vez mais, dramaticamente preocupante. Nas últimas décadas do século XX, por várias vezes se colocou o problema da responsabilidade internacional, designadamente através da constituição de Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, pela constituição de comissões de verdade e reconciliação como nos casos de El-Salvador e na África do Sul, pela constituição de tribunais híbridos⁶ como nos casos de Timor, Serra Leoa, Kosovo, Sérvia e Montenegro, Croácia, Bósnia-Herzegovina, Indonésia, Iraque e Camboja e um conjunto de outros sistemas judiciais nacionais, com destaque para a Argentina, Chile e Etiópia. Mas, infelizmente, apenas um pequeno conjunto de responsabilizações tiveram efectivamente lugar, incluindo nestas muitas cujo carácter dos crimes cometidos se elevam à importante figura do *jus cogens* e entre os quais estão alguns dos mais censuráveis crimes de guerra.

A realidade é que os processos negociais que conduzem à transição para a paz têm muitas vezes como interlocutores aqueles cujos actos são objecto da maior censurabilidade internacional e que, por esse mesmo facto, colocam sobre a mesa apenas a opção que ignora a

⁴ M. Cherif Bassiouni - *The Need for International Accountability*, in *International Criminal Law*, Vol 3 - Enforcement, 2nd ed., Ardsley, New York, 1999, p. 6.

⁵ M. Cherif Bassiouni, citando Rudolf J. Rummel, *Death by Government* (1994), p. 4.

⁶ William A. Schabas – *Mens rea and the ICTR*, 2000, p. 1016, refere que: “Recently, the United Nations agreed (...) of its third *ad hoc* tribunal, the special Court for Sierra Leone”. Dito desta maneira, pode aparentemente transmitir-se a ideia de que se trata do mesmo tipo de órgãos jurisdicionais. Todavia, importa esclarecer que os tribunais híbridos ou especiais diferem dos tribunais *ad hoc*, uma vez que os primeiros foram constituídos por acordo entre as Nações Unidas e os governos locais (ver, por exemplo, no caso da Serra Leoa, a Resolução do Conselho de Segurança n.º 1315/2000, de 14 de Agosto) e, os segundos, por uma Resolução do Conselho de Segurança, nos termos do Capítulo VII da Carta da Nações Unidas.



justiça, como único meio para a obtenção da paz. Como explica M. Cherif Bassiouni, trata-se de “uma escolha (...) frequentemente falaciosa e com uma dicotomia provavelmente trágica e deceptiva. Por certo, ninguém pode argumentar que a paz não é necessária (...) mas o conquistar da paz não é simplesmente a exclusão da justiça porque, frequentemente, a justiça é necessária para alcançar a paz” duradoira. “Se a paz não é tida como apenas um breve período entre conflitos, deve, (...) incluir todos os objectivos da justiça: prevenção, dissuasão, castigo e reabilitação” (tradução do autor)⁷.

Entre muitas dificuldades estão, não só a execução dos deveres de julgar e/ou extraditar relativamente a certos crimes, designadamente a não aplicabilidade destes deveres mínimos relativos aos crimes relativos ao artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II, isto é, crimes relativos a conflitos não internacionais⁸, como também devido à existência de limitações estatutárias⁹, e ainda também pelo limitado reconhecimento da aplicação da jurisdição universal.

Ensina Bassiouni¹⁰ que os crimes contra a humanidade, o crime de genocídio, os crimes de guerra (pelo menos, alguns deles – comentário do autor) e o crime de tortura são crimes de natureza internacional que pertencem ao *jus cogens*¹¹. Isto é, segundo o mesmo autor, a expressão *jus cogens* significa “compelling law” e, como tal, estas normas detêm a mais elevada posição entre as outras normas e princípios, apresentando, portanto, um carácter peremptório

⁷ M. Cherif Bassiouni - *The Need for International Accountability*, in *International Criminal Law*, Vol 3 - Enforcement, 2nd ed., Ardsley, New York, 1999, p. 6.

⁸ Em 1971, a Assembleia Geral das Nações Unidas adoptou uma resolução sobre os criminosos de guerra, a AG 2840 (XXVI), afirmando que a recusa de um Estado “em cooperar na detenção, extradição, julgamento e castigo” de pessoas acusadas ou condenadas de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade é “contrária à Carta das Nações Unidas e contrária ao que é genericamente reconhecido pelo direito internacional”. Em 1973, uma nova resolução foi adoptada, a AG 3074 (XXVIII), sobre os princípios da cooperação internacional para deter, pender, extraditar e punir as pessoas culpadas de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade.

⁹ Em 1968, foi aprovada a AG 2391 (XXIV) sobre a convenção de não aplicabilidade de limitações estatutárias aos crimes de guerra e crimes contra a humanidade, do mesmo modo em 1974 o Conselho da Europa adoptou a Convenção europeia de não aplicabilidade de limitações estatutárias aos crimes de guerra e contra a humanidade, documentos que, pelo seu baixo número de acessões, são reveladoras das dificuldades políticas encontradas.

¹⁰ M. Cherif Bassiouni - *The Need for International Accountability*, in *International Criminal Law*, Vol 3 - Enforcement, 2nd ed., Ardsley, New York, 1999, p. 10.

¹¹ As razões de tal afirmação podem ser consultadas em M. Cherif Bassiouni - *The Need for International Accountability*, in *International Criminal Law*, Vol 3 - Enforcement, 2nd ed., Ardsley, New York, 1999, p.15ss.



e inderrogável¹². Em consequência, resultam os seguintes deveres que para M. Cherif Bassiouni¹³ não são opcionais:

- Obrigação de julgar ou extraditar;
- Obrigação de prestar assistência legal;
- Obrigação de eliminar limitações estatutárias;
- Obrigação de eliminar imunidades de superiores, incluindo Chefes de Estado;
- Não aplicabilidade da defesa «em cumprimento de ordens superiores», excepto como mitigação da sentença.

Estas obrigações que pertencem à categoria do *jus cogens* são tipo *obligatio erga omnes*, isto é, obrigações “*flowing all*”, são aplicáveis em tempo de paz e de “*não paz*”, são inderrogáveis em caso de emergência, nos termos do direito internacional, tendo como consequência imediata a impossibilidade teórica de garantia de impunidade. A figura do *jus cogens* expressa o estatuto jurídico-internacional que um certo crime atingiu, a *obligatio erga omnes*¹⁴ sintetiza as obrigações que derivam desse mesmo estatuto. A expressão *jus cogens*,

¹² M Cherif Bassiouni - *The Need for International Accountability*, in *International Criminal Law*, Vol 3 - Enforcement, 2nd ed., Ardsley, New York, 1999, p.14. Ver também o artigo 53º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, que está na origem desta definição.

¹³ M Cherif Bassiouni - *The Need for International Accountability*, in *International Criminal Law*, Vol 3 - Enforcement, 2nd ed., Ardsley, New York, 1999, p.13.

¹⁴ Ensina Eduardo Correia Batista - *Ius cogens em Direito Internacional* (1997), p. 258 que a expressão foi introduzida (ainda que não pela primeira vez) em 1970, pelo Tribunal Internacional de Justiça, numa conhecida passagem da decisão adoptada por 12 juizes no caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Arrêt*, C.I.J. Recueil 1970, p. 32: “Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations de l’état envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d’une autre Etat dans une cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l’importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s’agit sont des obligations erga omnes”. Pode dizer-se que o tribunal estabeleceu uma distinção entre obrigações de um Estado vis-à-vis outro Estado e obrigações de um Estado “perante a comunidade internacional como um todo”. O Tribunal entendeu: “(...)Tal obrigação deriva, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, da ilegalidade dos actos de agressão e do genocídio, bem como dos princípios e regras concernentes aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a protecção contra a escravidão e discriminação racial.” Ian Brownlie, *Principles of International Law*, p. 515. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment*. ICJ Reports (1970), p. 3 at 32: “(...) such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination.” Importa, contudo, deixar claro que, a diferença entre as normas possuidoras de um estatuto jurídico *jus cogens* são *erga omnes*, isto é, dirigem-se a todos. Mas, nem todas as normas possuidoras desta característica particular (*erga omnes*), isto é, o facto de se dirigirem a todos (como, por exemplo, o estabelecimento de fronteiras), detêm a categoria do *jus cogens* (ver nota 17 com a transcrição do Relatório da Comissão de Direito Internacional de 2006, relativo a esta questão), tal como referido no Yearbook of the International Law Commission, 2006, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006), United Nations, 2006, Chapter XII Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law, p. 400-422. [Em linha]. [Acesso em 20 Dezembro de 2009]. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>,



também estudada entre nós, designa “... o conjunto das normas internacionais costumeiras que têm por principal particularidade formal o facto de não poderem ser derogadas por outros actos jurídicos, sob pena destes incorrerem em nulidade absoluta e, por particularidade material, o facto de tutelarem interesses da comunidade internacional no seu conjunto, acarretando a sua violação um ilícito erga omnes, isto é, em relação a todos os Estados vinculados pela norma”¹⁵. Todavia, importa deixar bem claro, como ensina Paula Escaraméia¹⁶, que há uma diferença básica entre normas erga omnes e as normas do jus cogens: as primeiras são normas que se dirigem a todos, mas não quer dizer que sejam imperativas. Mas, todas as normas de jus cogens são erga omnes, mas há muitas normas erga omnes, como por exemplo o estabelecimento de fronteiras, que não são de jus cogens¹⁷.

Conscientes da controversa questão, sobre como é que um determinado crime atinge o estatuto de jus cogens, importa lembrar que estamos em presença de bens jurídico-internacionais, cuja lesão afecta a comunidade internacional como um todo, em especial através da ameaça à paz e segurança da humanidade, uma vez que chocam profundamente a consciência da humanidade. Assim, os mecanismos de responsabilização devem ser vistos como mais um meio de alcançar a paz, através da aplicação da justiça, servindo esta, essencialmente, como meio de dissuasão e de prevenção de futuras vitimizações. Os mecanismos de responsabilização, sejam eles a verdade, a justiça e ou compensação, não são os únicos caminhos da paz, mas são certamente dos mais importantes, na perspectiva da sua durabilidade. Tais mecanismos compreendem, não só a responsabilização pelos tribunais

¹⁵ Eduardo Correia Batista - *Ius cogens em direito internacional* (1997), p. 21.

¹⁶ Correspondência trocada por e-mail com o autor em Novembro de 2009.

¹⁷ (37) Rules specifying obligations owed to the international community as a whole: Obligations erga omnes. Some obligations enjoy a special status owing to the universal scope of their applicability. This is the case of obligations erga omnes, that is obligations of a State towards the international community as a whole. These rules concern all States and all States can be held to have a legal interest in the protection of the rights involved. Every State may invoke the responsibility of the State violating such obligations. (38) The relationship between jus cogens norms and obligations erga omnes. It is recognized that while all obligations established by jus cogens norms, as referred to in conclusion (33) above, also have the character of erga omnes obligations, the reverse is not necessarily true. Not all erga omnes obligations are established by peremptory norms of general international law. This is the case, for example, of certain obligations under “the principles and rules concerning the basic rights of the human person”, as well as of some obligations relating to the global commons. Yearbook of the International Law Commission, 2006, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006), United Nations, 2006, Chapter XII Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law, p. 400-422. [Em linha]. [Acesso em 20 Dezembro de 2009]. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>.



internacionais, como também através de comissões especiais de investigação, comissões de verdade e reconciliação, responsabilização nacional, soluções nacionais de pacificação¹⁸ e outras soluções¹⁹ e compensações às vítimas. Estes mecanismos, para terem um efeito salutar, têm que ser credíveis, justos e exaustivos. “Sem estes requisitos, o rescaldo da fogueira do passado, será ele próprio, o combustível do conflito do futuro”²⁰.

Uma coisa nos parece certa, “a responsabilização é a antítese da impunidade, a qual tem lugar através da figura da amnistia. Mas a amnistia é essencialmente a forma de perdão, concedida por governos, por crimes contra o interesse público (...) mas o poder de perdoar, de esquecer ou de ultrapassar nos casos dos (...) crimes de guerra, não está com qualquer governo, mas pertence exclusivamente às vítimas (...). O perdão não é um procedimento legal, perdoar é, no essencial uma relação entre pessoas. A arena do ressentimento e do perdão é um acto pessoal e individual, mas a determinação legal da responsabilidade não o são. Instituições, Estados e sistemas de justiça não podem perdoar, podem apenas desculpar num acto de misericórdia (...) o perdão, esse pertence apenas à vítima”²¹. Os únicos que podem perdoar e esquecer os crimes do jus cogens são, exclusivamente, as vítimas.

A natureza humana tem também um lado negro. A história ensina-nos que o caminho da humanidade se faz com as leis de Deus, as leis da natureza e as leis dos homens. Para alguns, as leis dos homens são inspiradas nas leis de Deus, tal como se apresentam para as três religiões monoteístas. Para outros, as leis dos homens resultam do mais puro chamamento do humanismo. Quer num caso, quer noutro, a sua existência e o seu respeito materializam a diferença entre o homem civilizado e uma certa criatura pertencente à espécie humana, mas que é mais um predador do mundo animal. Responsabilizar é, portanto, o único caminho duradouro para a Paz entre os homens munidos da capacidade de perdoar mas não de esquecer.

¹⁸ Como a “national lustration” que é um mecanismo pelo qual os indivíduos que participaram ou apoiaram em violações cometidas pelo regime anterior, são destituídos das suas funções de autoridade.

¹⁹ Como as meras acções cíveis.

²⁰ M Cherif Bassiouni - *The Need for International Accountability*, in *International Criminal Law*, Vol 3 - Enforcement, 2nd ed., Ardsley, New York, 1999, p. 26.

²¹ M Cherif Bassiouni - *The Need for International Accountability*, in *International Criminal Law*, Vol 3 - Enforcement, 2nd ed., Ardsley, New York, 1999, p. 22 e 27.

3.3. Crimes de Guerra: as violações graves das Convenções de Genebra e os outros crimes

“Os crimes contra o direito internacional são cometidos por homens e não por entidades abstractas. Apenas através da responsabilização dos indivíduos que os cometeram, pode o direito internacional ser efectivamente afirmado”.

Julgamento de Nuremberga (tradução do autor)²²

A finalidade do Direito Internacional e dos Conflitos Armados não está associada à ideia de regulação de todas as actividades de emprego da força armada, numa perspectiva de regular o caos. Está, isso sim, relacionada com a ideia de um ramo do direito internacional público que limite o uso da força armada durante os conflitos armados, através da protecção não só daqueles que não participam nas hostilidades (como, por exemplo, os não combatentes civis), daqueles que já não estão a participar nas hostilidades, embora, em momento anterior, já o tenham feito (como por exemplo os prisioneiros de guerra e os feridos) e, ainda, daqueles que não participam directamente na aplicação do elemento final causal do resultado força armada (como, por exemplo, os não combatentes que produzem bens susceptíveis de utilização militar), como também através da limitação da quantidade e do género da força à quantidade estritamente necessária para se obter o objectivo da aplicação desta, a qual, em termos gerais, pode ser identificada com a diminuição do potencial militar adversário.²³ Por outras palavras, e, em síntese, a sua finalidade é tutelar o equilíbrio entre a necessidade militar, em sentido geral, e os valores humanitários, através da redução do sofrimento. A expressão crimes de guerra cobre em especial aquelas violações das leis e dos costumes da guerra, cometidas

²² “[c]rimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”. International Military Tribunal (Nuremberg), judgement of 1 October 1946, reprinted in *AJIL*, Vol 41, nº 1, 1947, p. 221 retirado de *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, Vol II, Part Two, United Nations, New York and Geneva, 2007, Chapter III, p. 111. [Em linha]. [Acesso em 19 Dezembro de 2009]. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm> . Pode ser ainda consultado em Remigiusz Bierzanek - *War crimes: History and Definition*. *International Criminal Law*, 1999, p. 102.

²³ Adaptado a partir de A. Sassòli; Antoine Bouvier - *How does Law Protect in War?* Geneva: International Committee of the Red Cross, 1999, p. 67.



durante operações militares ou durante a ocupação militar e que cuja censurabilidade está presente no sentido comum de justiça.

Este conceito geral conduziu à identificação dos clássicos princípios orientadores do Direito Internacional e dos Conflitos Armados: a distinção entre combatentes e não combatentes, a protecção daqueles que não participam directamente nas hostilidades armadas, a interdição de infligir sofrimentos desnecessários e a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da necessidade militar, em sentido técnico. Ou seja, de outro modo, o Direito Internacional e dos Conflitos Armados não interdita o uso da violência, não protege aqueles que participam directamente nas acções armadas, não faz distinções tendo por base os objectivos e o tipo de manobra militar, mas pressupõe que as partes em conflito têm uma atitude racional durante as hostilidades.

A controvérsia sobre como é possível regular o comportamento de seres humanos em circunstâncias tão extremas, tão excepcionais, tão caóticas, tão anárquicas e tão violentas como são os conflitos armados permanece. Como é possível exigir e esperar que, num ambiente onde se procura a sobrevivência individual e colectiva a todo o custo, se observem regras de conduta ditadas por uma comunidade internacional num momento de racionalidade e de humanidade? Na verdade, apesar do ambiente extremo, caótico, agressivo, desumano e extremamente violento, que se vive num conflito armado, não se podem conceber ou aceitar actividades militares desprovidas de qualquer regulação. Não é novo este apetite regulador que nasceu há 4000 anos, que teve a sua infância no período pós-Vestefália e que começou a desenvolver-se rapidamente a partir da erosão das soberanias dos Estados. Existem inúmeras regras básicas a observar no decorrer de acções armadas. Desde logo, a mais elementar de todas, que estabelece que camaradas de um mesmo grupo armado não se combatem entre si e a de que a disciplina e a hierarquia têm de ser observadas a todo o tempo, só para referir dois exemplos elementares. Para além destas ideias, uma outra parece ser consensual entre povos de diferentes sensibilidades morais, culturais e emocionais: uma coisa é matar o inimigo durante uma batalha, outra coisa é matar crianças só porque são filhos do inimigo. Acreditamos, assim, que esta não equivalência reforça ainda mais a necessidade da existência de certas



regras, de uma certa quantidade de regulação observável e tutelável no decorrer dos conflitos armados.

Regular os conflitos armados não é, pois, introduzir-lhes complicados padrões de conduta, cujos atributos técnicos rapidamente lhes confeririam a condição de letra morta, em virtude do ambiente extremo em que decorrem as acções armadas. O conceito de regulação internacional das actividades de natureza armada vai no sentido de regular aspectos mínimos/básicos, essenciais e relevantes e apenas estes, cuja não regulação chocaria profundamente a consciência da comunidade internacional. Como ensina Jean Pictet²⁴ esta regulação necessita de um fundamento de universalidade, cuja base se sustenta no facto de todos os seres humanos serem diferentes, e em todos ser possível encontrar um traço de união entre a sua natureza. Estas regras mínimas aplicáveis durante os conflitos armados requerem uma vocação universal, aplicável a todos os indivíduos de todas as nacionalidades, uma vez que a sua aceitabilidade reside nos aspectos comuns da natureza humana, facto que faz deste mínimo de aplicabilidade um património comum da humanidade.

O Direito Internacional e dos Conflitos Armados pretende pois introduzir elementos mínimos/básicos, essenciais e relevantes que permitam uma certa protecção de bens jurídico-internacionais, cuja violação se caracteriza por uma profunda censurabilidade, de modo a evitar o total descontrolo provocado pelo frenesim alcoólico que, em certos casos, pode resultar da aplicação da força armada. Esses elementos mínimos, essenciais e relevantes, têm como base a distinção entre actos de violência admissível no quadro dos conflitos armados e actos intoleráveis que, verificadas certas circunstâncias, podem revestir a categoria extrema de crimes de guerra. Os crimes de guerra “stricto sensu” são, nesta perspectiva, certas violações graves (não todas as violações, mas apenas as mais graves, ou seja, apenas as mais censuráveis), protagonizadas por sujeitos internacionais e que, pelo costume ou por decisão/acordo dos Estados, são incriminadas num plano jurídico-internacional.

É difícil identificar com certeza as origens do conceito de crimes de guerra. Todavia, é possível afirmar com razoável certeza que, inicialmente, o Direito Internacional apenas se

²⁴ International Dimensions of Humanitarian Law, Geneva, Henry Dunant Institute, Martins Nijhoff Publishers, 1998, p. 3-4.



ocupou da sua concepção e delimitação, deixando para a jurisdição penal dos Estados, a incriminação dos actos e a atribuição das respectivas sanções penais, através da “municipal law”, mais particularmente, através dos códigos penais militares nacionais.²⁵ Também o processo de responsabilização, ao se desenvolver lentamente, focou-se na obrigação de responsabilizar os agentes de certas condutas, durante a vigência do *jus in bello*. O conceito, num primeiro momento, queria apenas significar crimes cometidos num conflito armado internacional, entre dois Estados soberanos e onde o agente e a vítima tinham nacionalidades diferentes²⁶. Hoje, como veremos, o conceito evoluiu bastante. Para sistematização do nosso estudo, podemos dividir a evolução do conceito em dois momentos diferentes: do Lieber Code à II Guerra Mundial e depois desta. Também as fontes do Direito Penal Internacional aplicáveis aos crimes de guerra podem ser analisadas em duas perspectivas: as fontes indirectamente aplicáveis e as directamente aplicáveis. Neste último caso, seguiremos de perto as previstas no artigo 38º do Estatuto de Roma. Vejamos, em seguida, as indirectamente aplicáveis. Um dos códigos que mais veio a influenciar as modernas fontes do Direito Penal Internacional aplicáveis à tipologia dos crimes de guerra foi o Lieber Code, promulgado pelo Decreto nº 100 do Presidente Lincoln de 24 de Abril de 1863, durante a Guerra de Secessão (1861 a 1865)²⁷. Merecem particular atenção os artigos 44º e 47º. No primeiro caso, destaque-se a possibilidade legal de abater imediatamente o militar que, em desobediência, praticasse certos actos.

Article 44º

All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offence.

A soldier, officer or private, in the act of committing such violence, and disobeying a superior ordering him to abstain from it, may be lawfully killed on the spot by such superior.

²⁵ Georges Abi-Saab – The concept of war crimes. *International Law in the Post-Cold War World*, essays in memory of Li Haopei, p. 100.

²⁶ Machteld Boot – *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, 2002, p. 539.

²⁷ Sob a designação de “Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field”.



No segundo caso, particularmente interessante neste contexto, estabelece-se uma sanção penal “mais severa que existir” cuja finalidade era a protecção dos habitantes locais, sempre que as tropas ocupassem uma certa região fora do seu Estado. Vejamos o texto original:

SECTION II

Public and private property of the enemy-Protection of persons, and especially of women; of religion, the arts and sciences-Punishment of crimes against the inhabitants of hostile countries.

Article 47°

Crimes punishable by all penal codes, such as arson, murder, maiming, assaults, highway robbery, theft, burglary, fraud, forgery, and rape, if committed by an American soldier in a hostile country against its inhabitants, are not only punishable as at home, but in all cases in which death is not inflicted the severer punishment shall be preferred.

O que é certo é que estas normas tiveram uma grande influência nas tentativas de codificação, quer de nível nacional, quer na perspectiva internacional. Prova dessa influência veio a ser a Declaração de Bruxelas de 1874, embora esta não contivesse qualquer sanção penal para os actos violadores das propostas regras internacionais. Mesmo assim, apesar do fracasso da Declaração de Bruxelas, os esforços continuaram, culminando em 1880 com a adopção do conhecido Manual de Oxford que, apesar do seu carácter predominantemente doutrinal, estipulava no seu artigo 84°, o seguinte:

Article 84°

Offenders against the laws of war are liable to the punishments specified in the penal law.

Uma vez mais torna-se importante ressaltar que, quer o Lieber Code, quer o Manual de Oxford, tiveram por objectivo apenas servirem como um modelo para os Estados nacionais legislarem nesta matéria e não, para funcionarem propriamente como instrumentos internacionais.

Um outro normativo importante é o artigo 4° do Tratado de Vereeniging assinado em Pretória em 31 de Maio de 1902 entre o Reino Unido, o Estado Livre de Orange e a

República Sul Africana relativamente à paz que colocou termo à Segunda Guerra Bóer que teve lugar entre 1899 e 1902. Neste acordo de paz foi elaborada a cláusula prevista no artigo 4º que permitia a não incriminação para certos actos que ocorreram durante as acções militares. Todavia, nesta não estavam incluídas as violações dos costumes da guerra, as quais deveriam ser incriminadas e julgadas, imediatamente a seguir à cessação das hostilidades:

Article 4º

No proceedings civil or criminal will be taken against any of the Burghers so surrendering or so returning for any Acts in connection with the prosecution of the War. The benefit of this clause will not extend to certain Acts contrary to the usage of War which have been notified by the Commander in Chief to the Boer Generals, and which shall be tried by Court Martial immediately after the close of hostilities.

Também na primeira revisão da Convenção de Genebra de 1864, no capítulo VIII o artigo 28º refere a necessidade dos Estados nacionais partes da Convenção, legislarem no sentido de criminalizar os comportamentos desconformes com as regras convencionadas internacionalmente. No mesmo sentido, vieram a lume as Convenções de Haia de 1899 e 1907, remetendo para a jurisdição doméstica a responsabilização dos agentes pela prática de tais violações:

Geneva Convention, 1864

Chapter VIII

Repression of Abuses and Infractions

Article 28º

In the event of their military penal laws being insufficient, the signatory governments also engage to take, or to recommend to their legislatures, the necessary measures to repress, in time of war, individual acts of robbery and ill treatment of the sick and wounded of the armies, as well as to punish, as usurpations of military insignia, the wrongful use of the flag and brassard of the Red Cross by military persons or private individuals not protected by the present convention. They will communicate to each other through the Swiss Federal Council the measures taken with a view to such repression, not later than five years from the ratification of the present convention.

IV Convenção de Haia de 1907
(Revisão da II Convenção de Haia de 1899)

Article 3º

A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.

A I Guerra Mundial constituiu um marco decisivo, uma nova fase no desenvolvimento da responsabilidade penal dos indivíduos. O número e a gravidade dos actos cometidos fizeram com que, com a ajuda da opinião pública, se iniciasse o desgaste daquele que, até então, era visto como um dos atributos fundamentais da soberania (ao lado do *jus tractatum* e do *jus legationis*), o *jus belli*. Este desgaste não se faz apenas pela tentativa de governo do sistema internacional através da regulação do *jus ad belum*, mas fez-se também, através da nomeação de uma comissão²⁸, constituída pelas cinco potências²⁹ e cinco outros Estados³⁰, com o objectivo de inquirir e relatar as violações cometidas pelos alemães sobre os Estados aliados. Esta Comissão veio a organizar-se em três sub comissões, sendo uma sobre os crimes, outra sobre a responsabilidade pela guerra e, uma terceira, sobre a responsabilidade pela violação das leis e dos costumes da guerra. Em Março de 1919, a Comissão adoptou um relatório no qual recomendava que o tratado que paz que viesse a ser assinado, deveria mencionar o reconhecimento pelos alemães da jurisdição de tribunais nacionais e de um “alto tribunal” para julgar criminosos de guerra. A Comissão apresentou também uma lista dos crimes ou grupos de crimes em consequência de ofensas às leis e aos costumes da guerra:³¹

1. Assassínio e massacres; terrorismo sistemático.
2. Deixar morrer reféns.
3. Torturar civis.
4. Deliberadamente deixar morrer à fome civis.
5. Violação.

²⁸ Conferência de Paris, 25 de Janeiro de 1919 – “Commission on the responsibility of the authors of war and on enforcement of penalty”. [Em linha]. [Acesso em 16 Dezembro de 2009]. <http://www.jstor.org/pss/2187841>.

²⁹ Estados Unidos da América, Reino Unido, França, Itália e Japão.

³⁰ Bélgica, Grécia, Polónia, Roménia e Sérvia.

³¹ Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, *The American Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1 (Jan-Apr 1920), p. 95-154. Ver ainda Remigiusz Bierzanek – War crimes: History and definition. *International Criminal Law*. 2nd ed. Vol. III – Enforcement, Ardsley, NY (1999), p. 90.

6. Rapto de meninas e mulheres como o propósito de as forçar a prostituírem-se.
7. Deportar civis.
8. Internamento de civis em condições desumanas.
9. Trabalho forçado de civis num ambiente de operações militares desenvolvidas pelo inimigo.
10. Usurpação da soberania durante a ocupação militar.
11. Recrutamento forçado dos habitantes de um território ocupado.
12. Tentativa de mudança de nacionalidade dos habitantes de um território ocupado.
13. Pilhagem.
14. Confiscação de propriedade.
15. Exigência de contribuições e requisições ilegítimas ou exorbitantes.
16. Degradação e falsificação de moeda.
17. Imposição de castigos colectivos.
18. Devastação e destruição deliberada da propriedade.
19. Bombardeamento deliberado de locais sem defesa.
20. Destruição intencional de monumentos religiosos, de locais de caridade e de actividades educacionais, de edifícios e de locais com valor histórico.
21. Destruição de navios mercantes e de passageiros sem aviso e sem acautelar as medidas de salvamento dos passageiros e das tripulações.
22. Destruição de barcos de pesca e de ajuda humanitária.
23. Bombardeamento intencional de hospitais.
24. Ataque e destruição de navios hospital.
25. Violação de outras regras da Cruz Vermelha.
26. Uso de gases proibidos.
27. Uso de projecteis explosivos e de fragmentação, bem como de outros dispositivos inumanos.
28. Ordenar não haver quartel.
29. Tratamento inumano dos POW.
30. Emprego dos POW em trabalhos não autorizados.
31. Uso pérfido da bandeira da verdade.
32. Envenenar poços ou mäs de água.

Relativamente aos criminosos de guerra, a Comissão organizou quatro categorias de ofensas que deveriam ser responsabilizadas perante um tribunal nacional:

1. *Ofensas contra civis e militares das nações aliadas tais como as cometidas em campos de detenção onde cidadãos de diversas nações foram confinados;*
2. *Ofensas cometidas por indivíduos com autoridade para emitir ordens e cuja execução de tais ordens afectaram não apenas numa determinada área ou linha da frente, mas também a conduta das operações contra diversos exércitos aliados;*
3. *Ofensas cometidas por autoridades civis ou militares, independentemente do posto, que ordenaram ou se abstiveram de evitar violações dos costumes e do direito da guerra;*
4. *Acusação contra outras pessoas pertencentes a países inimigos sobre as quais, tendo em consideração o tipo de ofensa do direito de qualquer dos Estados beligerantes seja apenas recomendável o recurso ao alto Tribunal.*



A Comissão pronunciou-se no sentido de que todas as violações não incluídas nestes quatro grupos de crimes deveriam ser objecto de uma responsabilização nacional e que, a nível internacional, todos os indivíduos pertencentes aos Estados inimigos, independentemente das suas posições no aparelho desses Estados, que fossem considerados culpados de crimes contra os costumes e contra as leis da guerra, seriam susceptíveis de serem responsabilizados criminalmente.³²

O Tratado de Versalhes (1919) consagrou quatro artigos que estiveram na base de toda esta temática: os artigos 227º, 228º, 229º e 230º. O artigo 227º previa a constituição de um tribunal internacional, no artigo 228º o Governo Alemão reconheceu a legitimidade das potências aliadas para levarem a julgamento aqueles indivíduos que violaram as leis e costumes da guerra, no artigo 229º estabeleceu-se as regras de competência dos tribunais nacionais e internacionais e no artigo 230º o Governo alemão comprometeu-se a documentar as acusações com material probatório que estivesse na sua posse:

Article 228º

The German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies.

Depois de uma série de incidentes políticos que evidenciaram a falta de consenso político entre os aliados e, de entre os quais, se destaca a recusa do governo holandês em entregar o Kaiser Wilhelm II; em 1920, os governos aliados aceitaram a proposta alemã, para julgar todos os acusados pelas potências aliadas, no Supremo Tribunal Alemão de Leipzig. Como refere Remigiusz Bierzanek³³, os julgamentos iniciaram-se em Maio de 1921 e prolongaram-se até Junho de 1922 e decorreram num ambiente de indignação patriótica contra a humilhação da Alemanha. Dos 895 indivíduos colocados na lista dos criminosos de guerra, 883 foram

³² Remigiusz Bierzanek – *War crimes: History and Definition. International Criminal Law. 2nd ed. Vol. III – Enforcement*, Ardsley, New York (1999), p. 91.

³³ *War crimes: History and Definition. International Criminal Law*, 1999, p. 93 e 94.



absolvidos, libertados sumariamente ou nem sequer foram julgadas. Apenas doze foram efectivamente condenados, com penas entre os seis meses e os quatro anos³⁴, como aliás já fizemos referência no Capítulo 1. Muitas deles acabariam por se evadir da prisão sob a aplaudida cumplicidade dos seus carcereiros.

Do período entre guerras destacam-se o artigo 1º do projecto do Tratado de Assistência Mútua discutido pela Sociedade das Nações em 1923 e que criminalizava a guerra agressiva, o Pacto de Paris de 1928 que exarou no mesmo sentido, e um número considerável de pactos de não agressão concluídos entre os soviéticos e os seus Estados vizinhos e que vieram a ser complementados pela definição de agressão assinada em Londres em 1933. Também os Estados americanos, reunidos em Havana em 1928, na 6ª Conferência Pan-Americana, caminharam no sentido da criminalização dos actos de agressão, atitude esta que foi complementada pelo tratado de não agressão e conciliação assinado no Rio de Janeiro, entre 5 Estados latino-americanos, em 1933.

No que respeita à conduta da guerra, devem salientar-se o Protocolo para Banir o Uso de Gases Asfixiantes e Venenosos bem como Gases que Contenham Bactérias, assinado em Genebra em 1925. O desenvolvimento das Convenções de Genebra no período antes da II Guerra Mundial pode caracterizar-se por um tímido reconhecimento do problema da responsabilidade individual no âmbito do jus in bello. A primeira Convenção de Genebra de 1864 nem sequer refere o assunto. A questão surge, pela primeira vez, na revisão de 1906, nos termos do artigo 28º que, remetendo o problema para a “municipal law”, exarava o seguinte:

Article 28º

In the event of their military penal laws being insufficient, the signatory governments also engage to take, or to recommend to their legislatures, the necessary measures to repress, in time of war, individual acts of robbery and ill treatment of the sick and wounded of the armies, as well as to punish, as usurpations of military insignia, the wrongful use of the flag and brassard of the Red Cross by military persons or private individuals not protected by the present convention (...)

³⁴ Ver 1º Tenente John Bolt já referido no Capítulo I.

Durante a segunda revisão das Convenções de Genebra para a melhoria das condições dos feridos e dos enfermos das Forças Armadas em Campanha, que ocorreu em 27 de Julho de 1929, o ICRC propôs adicionar ao artigo 28º a seguinte expressão: "... and in general all acts contrary to the provisions of the convention". Esta ideia acabou, contudo, por constituir por si só, a norma do artigo 29º. Vejamos o texto original:

Article 29º

The Governments of the High Contracting Parties shall also propose to their legislatures should their penal laws be inadequate, the necessary measures for the repression in time of war of any act contrary to the provisions of the present Convention.

Article 30º

On the request of a belligerent, an enquiry shall be instituted, in a manner to be decided between the interested parties, concerning any alleged violation of the Convention; when such violation has been established the belligerents shall put an end to and repress it as promptly as possible.

Quase inexplicavelmente a nova Convenção relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra que também foi adoptada em 1929, nada mencionou sobre as violações das normas e sobre as respectivas sanções penais.

Podemos, portanto, sintetizar este percurso pelas fontes indirectamente aplicáveis que nos levou até à II Guerra Mundial, no sentido de se referir dois aspectos importantes no que respeita a tutela dos actos violadores das regras humanitárias:

- *Por um lado, certos actos são vistos como possuidores duma censurabilidade especial, como são, por exemplo dos actos contra os doentes, contra os civis não combatentes e em particular as mulheres, contra os agentes humanitários e religiosos, em suma, contra os costumes da guerra. A necessidade de tutelar um determinado comportamento de não violação de certos costumes observáveis em acções armadas, eleva esse desvalor à categoria de crime, embora a sua sanção dos agentes seja remetida para as soluções domésticas, mesmo no caso das incriminações na sequência da I Guerra Mundial;*



- Por outro, constata-se que muitos outros documentos com valor jurídico-internacional reguladores das actividades de emprego da força armada nem sequer continham norma alguma que tutelasse as violações dos valores que as suas regras pretendiam proteger, muito menos, qualquer outra criminalização clara e efectiva. Entre eles, podemos destacar a Declaração de São Petersburg de 1868, a Declaração de Bruxelas de 1874, as Convenções de Haia de 1899 e 1907 e a Convenção de Genebra de 27 de Julho de 1929, relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra.

A II Guerra Mundial foi, do ponto de vista da criminalização de actos lesivos da lei humanitária e dos conflitos armados, um segundo momento de viragem, lamentavelmente pelas piores razões. Nunca, em momento algum da nossa civilização, a História regista tamanha e abominável conduta, quer em dimensão, quer em conteúdo, maioritariamente dirigida contra as populações civis, facto que levou ao nascimento de uma nova e determinante vontade e consenso político. A Declaração de St. James de Janeiro de 1942³⁵, a Declaração de Moscovo de Novembro de 1943³⁶, a constituição e as actividades da Comissão das Nações Unidas para os Crimes de Guerra³⁷, o Acordo de Londres³⁸, a Carta do Tribunal Militar Internacional³⁹ de 8 de Agosto de 1945, a Control Council Law n.º 10 e a Proclamação de 19

³⁵ A 13 de Janeiro de 1942, esta declaração colocou formalmente a questão do julgamento dos criminosos de guerra na agenda dos Estados aliados, ainda durante o decorrer da II Guerra Mundial. R. John Pritchard – *The International Military Tribunal for the Far East and the Allied National War Crimes Trials in Asia*, *International Criminal Law*. 2nd ed. Vol. III – Enforcement, Ardsley, New York (1999), p. 109.

³⁶ A Declaração de Moscovo é também conhecida pela Declaração sobre as Atrocidades Alemãs na Europa Ocupada (*Declaration on the Atrocities in Occupied Europe*) e foi emitida pelos governos da União Soviética, do Reino Unido e dos Estados Unidos da América que, falando também em nome de 33 outras nações, declararam a sua intenção de responsabilizar os agentes dos crimes de guerra cometidos no decorrer das hostilidades. Remigiusz Bierzanek – *War crimes: History and definition*. *International Criminal Law*. 2nd ed. Vol. III – Enforcement, Ardsley, New York (1999), p. 97.

³⁷ Em 20 de Outubro de 1943, foi decidido, numa conferência diplomática, constituir a Comissão das Nações Unidas para a Investigação dos Crimes de Guerra (UNWCC). Remigiusz Bierzanek – *War crimes: History and definition*. *International Criminal Law*. 2nd ed. Vol. III – Enforcement, Ardsley, New York (1999), p. 98.

³⁸ Acordo assinado em Londres em 8 de Agosto de 1945, pelo qual a França, a União Soviética, o Reino Unido e os Estados Unidos da América estabeleceram um Tribunal Militar Internacional para julgar os maiores criminosos do eixo europeu, por ofensas cometidas no decurso da II Guerra Mundial, sem uma particular limitação geográfica. O artigo 1º estabeleceu o International Military Tribunal, conhecido por «Tribunal de Nuremberga». A este acordo foi anexo ao Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga (*United Nations Treaty Series*, Vol 82, p. 279). A esta ideia, acederam mais tarde, 19 outros Estados.

³⁹ *Charter of the International Military Tribunal* [Em linha]. [Acesso em 16 Fevereiro de 2008]. <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> - Article 6º - The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish



de Janeiro de 1946, que estabeleceu o Tribunal Internacional para o Longínquo Oriente⁴⁰, constituíram-se como os verdadeiros actos percursores, directamente aplicáveis, a uma definição moderna do conceito de crimes de guerra.

Os trabalhos da UNWCC⁴¹ percorreram três direcções:⁴²

- 1- Investigação dos factos e provas;
- 2- Imposição da lei sobre a responsabilização dos criminosos de guerra; e
- 3- A formulação doutrinária jurídico-internacional sobre crimes de guerra e responsabilidade penal.

O termo “crimes de guerra” foi entendido pela Comissão em sentido restrito, como as violações das leis e dos costumes da guerra e, em sentido amplo, como cobrindo também os crimes contra a humanidade e contra a paz. No que respeita ao entendimento restrito, a Comissão procurou elaborar uma lista de crimes, começando por discutir e alargar o catálogo estabelecido em 1919. Mas foi o artigo 6º do Estatuto Anexo ao London Agreement que estabeleceu as três categorias de crimes que estaria na base da definição da jurisdição do tribunal, à semelhança da Ordem n.º 10 promulgada pelo Control Council para a Alemanha (artigo 2º) e ainda tal como o Estatuto do Tribunal de Tóquio (artigo 5º). Estas categorias eram as seguintes:

- 1- Crimes contra a paz (planeamento, preparação, início ou conduta de uma guerra de agressão ou uma guerra que viole tratados internacionais (...));
- 2- Crimes de guerra (violação das leis e costumes da guerra);
- 3- Crimes contra a humanidade (assassinato, escravidão, deportação (...)).

persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

⁴⁰ Ao contrário do Tribunal de Nuremberga, este Tribunal foi criado por uma proclamação especial do Supremo Comandante das potências aliadas, o General Douglas MacArthur na sequência da Declaração de Potsdam em 26 de Julho de 1945 (capitulação japonesa). Remigiusz Bierzanek – War crimes: History and Definition. International Criminal Law. 2nd ed. Vol. III – Enforcement, Ardsley, New York (1999), p. 100.

⁴¹ UNWCC - United Nations War Crimes Commission - Comissão das Nações Unidas para a Investigação dos Crimes de Guerra.

⁴² Remigiusz Bierzanek - War crimes: History and definition. International Criminal Law, Ardsley, New York (1999), p. 98.



Os artigos 1º e 4º da Carta do Tribunal Militar Internacional merecem especial referência, uma vez que denotam uma vontade política de responsabilização internacional daqueles actos, cuja inaceitabilidade chocava então as consciências das nações aliadas:

Article 1º

There shall be established after consultation with the Control Council for Germany an International Military Tribunal for the trial of war criminals whose offenses have no particular geographical location whether they be accused individually or in their capacity as members of the organizations or groups or in both capacities.

Article 4º

Nothing in this Agreement shall prejudice the provisions established by the Moscow Declaration concerning the return of war criminals to the countries where they committed their crimes.

Tendo em consideração que, exceção feita ao costume e portanto também ao jus cogens, a voluntariedade é um elemento essencial na constituição das fontes de direito, notamos com particular destaque que, pese embora as Convenções de Genebra gozem de ratificação universal, todos os outros instrumentos que passaremos a enumerar, completam e desenvolvem o conceito de crimes de guerra, têm, evidentemente, diferentes impactos em cada um dos Estados nacionais, consoante as suas próprias ratificações.

Vejamos, em seguida, em particular, o artigo 6º, alínea b) do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga, anexo ao Acordo de Londres e o artigo 5º, alínea b) do Estatuto do Tribunal Militar Internacional para o Longínquo Oriente. Estes dois instrumentos denotam o seguinte:

- *Pela primeira vez, um instrumento de natureza internacional reconheceu uma definição de crimes de guerra como violações da lei e dos costumes da guerra;*
- *Isto é, pela primeira vez, criminalizam-se as violações com base no costume e, no caso do Tribunal de Nuremberga procurou-se clarificar o seu conteúdo, através de uma enumeração não exaustiva da tipologia; e*
- *Reconheceu-se também a necessidade de responsabilizar diferentes formas de participação entre os agentes na prática deste tipo de crimes.*

Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga

Article 6°

b) War Crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

Estatuto do Tribunal Militar Internacional para o Longínquo Oriente

Article 5°

b) Conventional War Crimes: Namely, violations of the laws or customs of war;

Mas talvez, do nosso ponto de vista, um dos aspectos jurisprudenciais mais importantes deste novo acervo internacional foram as razões do Tribunal de Nuremberga sobre o argumento invocado pela defesa de que, tendo em conta o princípio da legalidade, o princípio nullum crimen, nulla poena sine lege, o artigo 6° criava novos crimes e que, por esse facto, o arguido deveria ser absolvido, uma vez que se tratava de uma lei penal retroactiva. O Tribunal esclareceu então que caracterização dos crimes de guerra a que se refere o artigo 6° não deriva exclusivamente desta norma, mas do reconhecimento do direito internacional já previamente existente como, por exemplo, dos artigos 46°, 50°, 52° e 56° das Convenções de Haia de 1907 e ainda dos artigos 2°, 3°, 4°, 46° e 51° das Convenções de Genebra de 1929, afirmando também tais normas como parte integrante do direito internacional.⁴³

Pouco depois dos julgamentos de Nuremberga, importa mencionar, já em pleno período de funcionamento das Nações Unidas, o contributo da Assembleia-Geral das Nações Unidas para a afirmação dos Princípios de Nuremberga⁴⁴, dos quais destacamos os seguintes:

⁴³ Georges Abi-Saab – *The concept of war crimes. International Law in the Post-cold war World, essays in memory of Li Haopei*, p. 106.

⁴⁴ Pela Declaração AG/95/1 (1946), 11 Dezembro a Assembleia-Geral afirmou os princípios de direito internacional reconhecidos pela Carta de do Tribunal de Nuremberga e pela Declaração AG/177/II, de Novembro de 1947 solicitou a elaboração de formulação de tais princípios à Comissão de Direito Internacional, recentemente estabelecida. Em 1950, foi adoptado o relatório da Comissão de Direito Internacional que definiu crimes de guerra como violações das leis e dos costumes da guerra, reproduzindo quase o mesmo texto do artigo 6°, alínea b) do Estatuto do Tribunal de Nuremberga.



- *Princípio I – Qualquer pessoa que cometa um acto o qual constitua um crime do ponto de vista do direito internacional é responsabilizável;*
- *Princípio II – O facto de uma norma não conter uma sanção penal a ela associada, não desonera o agente da sua violação, de qualquer responsabilidade;*
- *Princípio VI – Contém as definições das categorias de crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (tal como formulado no artigo 6º da Carta Anexa ao London Agreement).*

Refiram-se os esforços feitos pelas Nações Unidas para melhor definição dos crimes de guerra e contra a humanidade, através da aprovação, em 1948, da Convenção para a Prevenção e Castigo do Crime de Genocídio, entretanto ratificada por um considerável número de Estados.⁴⁵ Para além dos esforços das Nações Unidas, devem notar-se os admiráveis progressos conseguidos, em 1949, com a aprovação das quatro Convenções de Genebra, destacando-se em particular que, cada uma delas, indicava expressamente a necessidade dos Estados estabelecerem efectivas sanções penais nos seus ordenamentos jurídicos internos, que se dirigissem a todos os seus agentes nacionais que ordenassem e cometessem qualquer violação grave das suas normas⁴⁶ (como, aliás, já havíamos referido relativamente às versões anteriores das Convenções de Genebra). Observe-se, todavia, com particular destaque, que as Convenções de Genebra de 1949, em nenhum momento usam o termo crimes de guerra, sempre que se referem à necessidade de reprimir as infracções às suas normas. A linguagem utilizada classifica como “violações graves” (grave breaches), sempre que estão em causa certas violações cometidas contra pessoas ou património protegido pelas Convenções. Note-se, no entanto, que a definição do conceito de “violações graves”, conceito este que é utilizado, por exemplo, nos artigos 50º da I Convenção de Genebra, 51º da II Convenção de Genebra, 130º da III Convenção de Genebra e no artigo 147º da IV Convenção de Genebra, está muito próximo do

⁴⁵ Com 141 Estados parte e 41 Estados signatários. [Em linha]. [Acesso em 17 Dezembro de 2009].
http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TRF&TID=1&mtsq_no=IV-1&chapter=4&lang=en#1.

⁴⁶ Artigos 49º CG I, 50º CG II, 129º CG III e 146º CG IV.

conceito de crimes de guerra definido, como já vimos, pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberga:

I Convenção de Genebra de 1949

Artigo 50º

As infracções graves a que o artigo anterior se refere são as que abrangem qualquer dos actos seguintes, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: o homicídio intencional, a tortura ou os tratamentos desumanos, compreendendo as experiências biológicas, o facto de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou de ofender gravemente a integridade física ou a saúde, a destruição e a apropriação de bens não justificados por necessidades militares e executados em grande escala, de forma ilícita e arbitrária.

A formulação do artigo 50º da I Convenção de Genebra é muito idêntica ao artigo 51º da II Convenção de Genebra, mas varia no articulado da III e da IV Convenção de Genebra. As diferenças mais significativas podem ser observadas nos quadros seguintes, com particular destaque para o facto de que o Protocolo Adicional I de 1977, relativo à protecção das vítimas no caso de um conflito internacional, ter estendido as violações graves e ter integrado nestas regras típicas do Direito de Haia, isto é, normas relativas à conduta das hostilidades.

<i>I CG (1949) Artigo 50º</i>	<i>II CG (1949) Artigo 51º</i>	<i>III CG (1949) Artigo 130º</i>	<i>IV CG (1949) Artigo 147º</i>
<i>As infracções graves a que o artigo anterior se refere são as que abrangem algum dos seguintes actos, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: o homicídio intencional, a tortura ou os tratamentos desumanos, compreendendo as experiências biológicas, o facto de causar, intencionalmente, grandes sofrimentos ou de ofender gravemente a integridade física ou a saúde, a destruição e apropriação de bens, não justificadas por necessidades militares e executadas em grande escala, de forma ilícita e arbitrária.</i>	<i>As infracções graves a que alude o artigo anterior são as que abrangem algum dos seguintes actos, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: o homicídio intencional, a tortura ou os tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o facto de causar, intencionalmente, grandes sofrimentos ou de ofender gravemente a integridade física ou a saúde, a destruição e apropriação de bens, não justificadas por necessidades militares e executadas em grande escala, de modo ilícito e arbitrário</i>	<i>Os delitos graves referidos no artigo precedente são aqueles que abrangem qualquer dos actos seguintes, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela presente Convenção: homicídio voluntário, a tortura ou os tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o propósito de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou atentados graves contra a integridade física ou saúde, obrigar um prisioneiro de guerra a servir nas forças armadas da Potência inimiga, ou o propósito de privá-lo do seu direito de ser julgado regular e imparcialmente segundo as prescrições da presente Convenção.</i>	<i>Os delitos graves referidos no artigo precedente são aqueles que abrangem um ou outro dos seguintes actos, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela presente Convenção: o homicídio voluntário, a tortura ou os tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o propósito de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou graves lesões no corpo ou à saúde, a deportação ou transferência ilegais, a reclusão ilegal, a obrigatoriedade de uma pessoa protegida servir as forças armadas de uma Potência inimiga ou o propósito de privá-la do seu direito de ser julgada regular e imparcialmente segundo as prescrições da presente convenção, a tomada de reféns, a destruição e apropriação de bens não justificáveis pelas necessidades militares e executadas em grande escala de modo ilícito e arbitrário.</i>

<i>Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949 - Artigo 85º</i>
3 - Além das infracções graves definidas no artigo 11.º, os seguintes actos, quando cometidos intencionalmente, em violação das disposições pertinentes do presente Protocolo e que acarretem a morte ou causem danos graves à integridade física ou à saúde, consideram-se infracções graves ao presente Protocolo: a) Submeter a população civil ou pessoas civis a um ataque; b) Lançar um ataque indiscriminado, que atinja a população civil ou bens de carácter civil, sabendo que esse ataque causará perdas de vidas humanas, ferimentos em pessoas civis ou danos em bens de carácter civil, que sejam excessivos nos termos do artigo 57.º, n.º 2, alínea a), (iii); c) Lançar um ataque contra obras ou instalações contendo forças perigosas, sabendo que esse ataque causará perdas de vidas humanas, ferimentos em pessoas civis ou danos em bens de carácter civil, que sejam excessivos nos termos do artigo 57.º, n.º 2, alínea a), (iii); d) Submeter a um ataque localidades não defendidas ou zonas desmilitarizadas; e) Submeter uma pessoa a um ataque sabendo-a fora do combate; f) Utilizar perfidamente, em violação do artigo 37.º, o sinal distintivo da Cruz Vermelha, ou do Crescente Vermelho ou outros sinais protectores reconhecidos pelas Convenções e pelo presente Protocolo. 4 - Além das infracções graves definidas nos números precedentes e nas Convenções, os seguintes actos são considerados como infracções graves ao Protocolo, quando cometidos intencionalmente e em violação das Convenções ou do presente Protocolo: a) A transferência pela Potência ocupante, de uma parte da sua própria população civil para o território que ela ocupa, ou a deportação ou a transferência no interior ou fora do território ocupado, da totalidade ou de parte da população desse território, em violação do artigo 49.º da Convenção IV; b) Qualquer demora injustificada no repatriamento dos prisioneiros de guerra ou dos civis; c) Práticas de apartheid ou outras práticas desumanas e degradantes, baseadas na discriminação racial que dêem lugar a ultrajes à dignidade da pessoa; d) O facto de dirigir ataques contra monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto claramente reconhecidos, que constituam património cultural ou espiritual dos povos e aos quais uma protecção especial foi concedida em virtude de acordo especial, por exemplo no âmbito de uma organização internacional competente, provocando assim a sua destruição em grande escala, quando não existe qualquer prova de violação pela Parte adversa do artigo 53.º, alínea b), e os monumentos históricos, obras de arte e lugares de culto em questão não estejam situados na proximidade imediata de objectivos militares; e) O facto de privar uma pessoa protegida pelas Convenções ou mencionada pelo n.º 2 do presente artigo do seu direito de ser julgada regular e imparcialmente.



O artigo 85º, n.º 5 do PA I de 1977, confirma definitivamente a natureza grave destas infracções e atribui-lhe a designação de “crimes de guerra”:

Artigo 85.º

Repressão das infracções ao presente Protocolo

(...) 5 - Sob reserva da aplicação das Convenções e do presente Protocolo, as infracções graves a estes documentos são consideradas crimes de guerra.

Atendendo ao que ficou dito sobre os artigos 50º da ICG, 51º da II CG, 130º da III CG, 147º da IV CG e 85º do PA I, poderemos concluir o seguinte:

- *A existência de uma distinção entre o carácter grave da lesão aos bens jurídicos protegidos pelas Convenções e existência de outras lesões menos graves;*
- *A aproximação dos conceitos de “grave lesão” e “crime de guerra”;*
- *A clarificação do conceito através do elenco da tipologia;*
- *A necessidade da verificação de alguns elementos subjectivos do tipo;*
- *A necessidade do direito interno de cada Estado tutelar este tipo de violações;*
- *A possibilidade de responsabilização daqueles que determinaram a execução de um acto violador das normas.*

Deve salientar-se também que o artigo IV da Convenção de 1976 sobre a interdição de utilização de técnicas de modificação ambiental para fins militares e outros, bem como os artigos 11º, n.º 4 e 85º do PA I de 1977. Estes dois instrumentos mostram o seguinte:

- *Reconhecem o carácter grave de algumas lesões dos bens jurídicos tutelados e associa-as directamente aos crimes de guerra;*
- *Identificam o elemento objectivo do tipo – conduta (acção e omissão) e resultado;*
- *A necessidade da verificação de alguns elementos subjectivos do tipo;*



- *A possibilidade de responsabilização daqueles que determinaram a execução de um acto violador das normas, bem como daqueles que, tendo um especial dever de controlo, não impediram a violação dos bens jurídicos protegidos.*

Em 1968, a Assembleia-Geral das Nações Unidas, através da sua Resolução n.º 2391, de 9 de Dezembro de 1968, adoptou e abriu para assinatura a Convenção sobre a não-aplicabilidade das limitações estatutárias para os crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Com esta convenção, uma importante contribuição foi efectivamente alcançada, uma vez que os Estados concordaram em remover as limitações estatutárias, independentemente da data da prática dos factos ilícitos, para as seguintes categorias de crimes:

- *Crimes de guerra tal como definidos da Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga e confirmado pelas relevantes resoluções da Assembleia-Geral, em particular as violações graves enumeradas pelas Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949;*
- *Crimes contra a humanidade, quer sejam cometidos em tempo de guerra ou de paz, e para os actos desumanos resultantes de uma política de apartheid e do crime de genocídio, mesmo quando tais actos não constituem uma violação do direito interno do Estado da prática do facto.*

Trágicos acontecimentos como os que tiveram lugar na ex-Jugoslávia e no Ruanda no início dos anos 90, voltaram a trazer a problemática dos crimes de guerra para a centralidade do Direito Internacional Humanitário e dos Conflitos Armados. O passo seguinte na delimitação do conceito de crimes de guerra foi em boa verdade o estabelecimento dos Tribunais ad hoc para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda e, pouco depois, a conclusão dos trabalhos que levariam ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Os artigos 2º e 3º do Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia



desde 1991 e o artigo 4º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para julgar as pessoas responsáveis por genocídio e outras violações graves ao direito internacional humanitário, cometidas no território do Ruanda, aprovados pelas Resoluções do Conselho de Segurança n.º 827, de 25 de Maio de 1993 e n.º 955 de 8 de Novembro de 1994⁴⁷, respectivamente, merecem uma referência especial. De facto, estes Tribunais recuperaram uma certa linguagem utilizada nas Convenções de Genebra no contexto da definição dos crimes de guerra, optando por catalogar um elenco desta tipologia criminal, numa lógica de violações graves e de outras violações das regras e dos costumes da guerra e, no caso particular do Tribunal Penal Internacional para julgar as pessoas responsáveis por genocídio e outras violações graves ao direito internacional humanitário, cometidas no território do Ruanda, enfrentando a velha questão da jurisdição *ratione materiae* dos conflitos não internacionais. Vejamos, então, algumas das soluções adoptadas e os seus problemas de tradução para a língua portuguesa:

*Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves
ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia*

*Article 1º*⁴⁸

Competence of the International Tribunal

*The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for **serious violations** of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991, in accordance with the provisions of the present Statute. (versão original em inglês)*

*Artigo 1º*⁴⁹

Competência do Tribunal Internacional

*O Tribunal Internacional terá competência para julgar as pessoas suspeitas de serem responsáveis por **violações graves** ao direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Jugoslávia desde 1991, em conformidade com as disposições contidas no presente Estatuto. (versão portuguesa)*

⁴⁷ No âmbito do Capítulo VII da Carta da Nações Unidas nos termos seguintes: "Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, 1. Decides hereby, having received the request of the Government of Rwanda (S/1994/1115), to establish an international tribunal for the sole purpose of prosecuting persons responsible for genocide and other serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighboring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994 and to this end to adopt the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda annexed hereto;" <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement>. [Em linha]. [Acesso em 17 Dezembro de 2009].

⁴⁸ Texto original retirado de <http://69.94.11.53/ENGLISH/basicdocs/statute.html>. [Em linha]. [Acesso em 19 Outubro de 2009].

⁴⁹ Tradução oficial portuguesa retirada de <http://www.gdrc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tij-estatuto-jugoslavia.html>. [Em linha]. [Acesso em 19 Outubro de 2009].

Observe-se, com particular atenção que, na tradução da expressão original “serious violations” para a língua portuguesa, o legislador português optou pela expressão “violações graves” e não por “sérias violações” como seria de esperar. O artigo 1º do Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia desde 1991 confere ao Tribunal competência para julgar os agentes suspeitos de serem responsáveis por “[serious violations] ao direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Jugoslávia desde 1991, em conformidade com as disposições contidas no presente Estatuto”⁵⁰. Os artigos 2º a 5º aparecem, na versão original, organizados da seguinte maneira: “Article 2º - Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949; Article 3º - Violations of the laws or customs of war; Article 4º - Genocide; Article 5º - Crimes against humanity”. Todavia, na versão em língua portuguesa a redação é a seguinte: “Artigo 2.º - Violações graves às Convenções de Genebra de 1949; Artigo 3º - Violações das leis ou dos costumes da guerra; Artigo 4º - Genocídio; Artigo 5º - Crimes contra a humanidade”. Ou seja, agora o legislador português traduziu “grave breaches” por “violações graves”, quando no artigo anterior traduziu “serious violations” por “violações graves”. Deve também notar-se que no artigo 2º se referem as “Grave breaches of the Geneva Conventions”. Ao consultarmos as “grave breaches” das Convenções de Genebra verificamos que, na comparação entre as versões em inglês e em português, não há uma unidade de tradução entre elas, nem as soluções de tradução do Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia desde 1991 são coerentes com estas. Observemos a tabela seguinte:

⁵⁰[Em linha]. [Acesso em 16 Outubro de 2009].

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidfuniversais/tij-estatuto-jugoslavia.html>.

<i>Convenções de Genebra</i>	<i>Versão oficial em inglês⁵¹</i>	<i>Versão oficial em português⁵²</i>
<i>I Artigo 50º</i>	<i>Grave breaches</i>	<i><u>Infracções graves</u></i>
<i>II Artigo 51º</i>	<i>Grave breaches</i>	<i><u>Infracções graves</u></i>
<i>III Artigo 130º</i>	<i>Grave breaches</i>	<i><u>Infracções graves</u></i>
<i>IV Artigo 147º</i>	<i>Grave breaches</i>	<i><u>Delitos graves</u></i>

E já agora,

<i>Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra</i>	<i>Versão oficial em inglês</i>	<i>Versão oficial em português</i>
<i>Artigo 85º, n.º 1</i>	<i>Repression of <u>breaches</u> and <u>grave breaches</u> of this Protocol</i>	<i>Repressão das <u>infracções</u> e <u>infracções graves</u> ao presente Protocolo</i>

Assim, a partir deste momento, optamos por seguir a versão oficial em língua inglesa no que se refere à qualificação da infracção. Retomemos então a questão da definição de crime de guerra de que nos temos vindo a ocupar. Assim, as “serious violations” do artigo 1º dos Estatutos do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da ex-Jugoslávia desde 1991 são depois enumeradas, como já dissemos, nos artigos 2º a 5º. Vejamos com cuidado os artigos 2º e 3º:

⁵¹ [Em linha]. [Acesso em 19 Outubro de 2009].
<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/genevaconventions>.

⁵² [Em linha]. [Acesso em 19 Outubro de 2009].
<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-I-corrv-genebra-12-08-1949>.

Artigo 2º

Violações graves às Convenções de Genebra de 1949

O Tribunal Internacional terá competência para proceder contra as pessoas que cometerem ou derem ordens para cometer violações graves às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, nomeadamente os seguintes actos, dirigidos contra as pessoas ou os bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

- a) O homicídio voluntário;
- b) A tortura ou os tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;
- c) O facto de causar intencionalmente grande sofrimento ou graves danos à integridade física ou à saúde;
- d) A destruição ou a apropriação de bens não justificadas por quaisquer necessidades militares ou executadas em grande escala, de forma ilícita e arbitrária;
- e) O acto de compelir um prisioneiro de guerra ou um civil a servir nas forças armadas da potência inimiga;
- f) O acto de privar um prisioneiro de guerra ou um civil do seu direito a ser julgado de forma normal e imparcial;
- g) A expulsão ou a transferência ilegal de um civil ou a sua prisão ilegal;
- h) A tomada de civis como reféns.

Artigo 3º

Violações das leis ou dos costumes da guerra

O Tribunal Internacional terá competência para julgar as pessoas que violarem as leis ou os costumes da guerra. Tais violações incluem, mas não se limitam a:

- a) Emprego de armas tóxicas ou outras concebidas com o objectivo de causar sofrimentos inúteis;
- b) Destruição sem motivo de cidades, vilas e povoações ou devastação não justificadas pelas exigências militares;
- c) Ataque ou bombardeamento, por qualquer meio, de cidades, vilas, habitações ou construções não defendidas;
- d) Confisco, destruição ou danificação deliberada de edifícios consagrados ao culto, à beneficência e ao ensino, às artes e às ciências, monumentos históricos, obras de arte e de carácter científico;
- e) Pilhagem de bens públicos ou privados.

O artigo 3º refere-se às violações das leis ou dos costumes da guerra, isto é, crimes de guerra, no sentido do Tribunal de Nuremberga⁵³. No mesmo sentido, Estatuto do Tribunal Penal Internacional para julgar as pessoas responsáveis por genocídio e outras violações graves ao Direito Internacional Humanitário, cometidas no território do Ruanda, nos termos do artigo seguinte:

⁵³ Georges Abi-Saab – *The concept of war crimes. International Law in the Post-cold war World, essays in memory of Li Haopei*, p. 109.

Article 1⁵⁴

Competence of the International Tribunal for Rwanda

The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighboring States between 1 January 1994 and 31 December 1994, in accordance with the provisions of the present Statute.

Tais violações “sérias” estão detalhadas nos artigos 2º a 4º. Vejamos, em particular, o artigo 4º, uma vez que este difere do Estatutos do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da ex-Jugoslávia desde 1991, na questão da qualificação específica de um conflito não internacional. A versão oficial portuguesa apresenta-se assim:

Artigo 4.⁵⁵

Violações do artigo 3.º comum às Convenções de Genebra e ao Segundo Protocolo Adicional

O Tribunal Internacional para o Ruanda tem competência para julgar as pessoas que tenham violado ou que tenham ordenado a prática de violações graves ao artigo 3.º comum às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, para a Protecção das Vítimas de Guerra, e ao Segundo Protocolo Adicional, de 8 de Junho de 1977. Tais violações incluem, entre outras:

- a) Actos de violência contra a vida, saúde ou bem-estar físico e moral das pessoas, em particular, o assassinio bem como os tratamentos cruéis, tais como a tortura, mutilação ou qualquer outra forma de pena corporal;
- b) Penas colectivas;
- c) Tomada de reféns;
- d) Actos de terrorismo;
- e) Ultraje à dignidade da pessoa, nomeadamente os tratamentos humilhantes e degradantes, violação, prostituição e qualquer outra forma indecente de ofensa;
- f) Pilhagem;
- g) Sentenças ou execuções sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído, denegando assim todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados;
- h) Ameaças com vista à prática de qualquer um dos actos atrás referidos.

⁵⁴ [Em linha]. [Acesso em 19 Outubro de 2009]. <http://69.94.11.53/ENGLISH/basicdocs/statute.html>.

⁵⁵ [Em linha]. [Acesso em 19 Outubro de 2009].

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidfuniversais/tij-estatuto-ruanda.html>.

Neste mesmo sentido, podemos também observar o tipo do artigo 8º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que constitui um dos maiores tipos de que há memória no direito internacional humanitário e dos conflitos armados, exactamente porque resulta de uma opção catalogada extensivamente e organizada de violações graves e de outras violações da lei e dos costumes da guerra. Este artigo é composto por quatro partes que reflectem a base original das negociações sobre a definição de crimes de guerra⁵⁶. A primeira contém as “grave breaches” das Convenções de Genebra de 1949, depois as “other serious violations” ao direito aplicável em conflitos internacionais, em terceiro lugar as “serious violations” ao artigo 3º comum às Convenções de Genebra e, finalmente, as “other serious violations” ao Protocolo Adicional II, de 1977 e à legislação que regula conflitos não internacionais. Este artigo distingue em particular as normas aplicáveis em conflitos internacionais e não internacionais. Vejamos, pois, este tipo no qual indicamos uma melhor tradução para alguns termos, tradução essa que explicaremos a seu tempo:

Artigo 8º

Crimes de guerra

- 1 - O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.
- 2 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por crimes de guerra:
 - a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes actos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:
 - i) Homicídio doloso;
 - ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;
 - iii) O acto de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;
 - iv) Destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;
 - v) O acto de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob protecção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;
 - vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob protecção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;
 - vii) Deportação ou transferência, ou a privação de liberdade ilegais;
 - viii) Tomada de reféns;

⁵⁶ Machteid Boot – *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, 2002, p. 544.

b) Outras violações graves⁵⁷ das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes actos:

- i) *Atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem directamente nas hostilidades;*
- ii) *Atacar intencionalmente bens civis, ou seja, bens que não sejam objectivos militares;*
- iii) *Atacar intencionalmente pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à protecção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados;*
- iv) *Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de carácter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e directa que se previa;*
- v) *Atacar ou bombardear, por qualquer meio, aglomerados populacionais, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objectivos militares;*
- vi) *Provocar a morte ou ferimentos a um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido;*
- vii) *Utilizar indevidamente uma bandeira de tréguas, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves;*
- viii) *A transferência, directa ou indirecta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território;*
- ix) *Os ataques intencionais a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objectivos militares;*
- x) *Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efectuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou façam perigar seriamente a sua saúde;*
- xi) *Matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigos;*
- xii) *Declarar que não será dado abrigo;*
- xiii) *Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o determinem;*
- xiv) *Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e acções dos nacionais da parte inimiga;*

⁵⁷ Embora esta seja a tradução oficial publicada em Diário da República n.º 15 I-A, de 18 de Janeiro de 2002, a páginas 398, a tradução correcta é “sérias violações” e não “violações graves”, como se poderá constatar pela versão original publicada no mesmo Diário da República a páginas 365ss.

xv) O facto de uma parte beligerante obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra;

xvi) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto;

xvii) Utilizar veneno ou armas envenenadas;

xviii) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou similares, ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo;

xix) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões;

xx) Empregar armas, projecteis, materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projecteis, materiais e métodos de combate sejam objecto de uma proibição geral e estejam incluídos num anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121.º e 123.º;

xxi) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

xxii) Cometer actos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do n.º 2 do artigo 7.º, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave das Convenções de Genebra;

xxiii) Aproveitar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares;

xxiv) Atacar intencionalmente edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal habilitado a usar os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, de acordo com o direito internacional;

xxv) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de fazer a guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, nomeadamente, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra;

xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar activamente nas hostilidades;

c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves⁵⁸ do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos actos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:

i) Actos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura;

⁵⁸ Embora esta seja a tradução oficial publicada em Diário da República n.º 15 I-A, de 18 de Janeiro de 2002 a páginas 399, a tradução correcta é “sérias violações” e não “violações graves”, como se poderá constatar pela versão original publicada no mesmo Diário da República a páginas 365ss.

- ii) *Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;*
- iii) *A tomada de reféns;*
- iv) *As condenações proferidas e as execuções efectuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis;*
- d) *A alínea c) do n.º 2 do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham carácter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, actos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante;*
- e) *As outras violações graves das leis⁵⁹ e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm carácter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes actos:*
 - i) *Atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem directamente nas hostilidades;*
 - ii) *Atacar intencionalmente edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como o pessoal habilitado a usar os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, de acordo com o direito internacional;*
 - iii) *Atacar intencionalmente pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à protecção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis;*
 - iv) *Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objectivos militares;*
 - v) *Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto;*
 - vi) *Cometer actos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do n.º 2 do artigo 7.º, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra;*
 - vii) *Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar activamente nas hostilidades;*
 - viii) *Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas;*
 - ix) *Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante;*
 - x) *Declarar que não será dado abrigo;*
 - xi) *Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efectuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo;*
 - xii) *Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam;*

⁵⁹ Embora esta seja a tradução oficial publicada em Diário da República n.º 15 I-A, de 18 de Janeiro de 2002 a páginas 400, a tradução correcta é “sérias violações” e não “violações graves”, como se poderá constatar pela versão original publicada no mesmo Diário da República a páginas 365ss.



f) A alínea e) do n.º 2 do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham carácter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, actos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.

3 - O disposto nas alíneas c) e e) do n.º 2 em nada afectará a responsabilidade que incumbe a todo o Governo de manter e de restabelecer a ordem pública no Estado e de defender a unidade e a integridade territorial do Estado por qualquer meio legítimo.

Apresentada que foi a evolução desta problemática, importa aduzir alguns comentários importantes para o nosso estudo. Em primeiro lugar, é necessário distinguir o conceito de crimes de guerra em termos do direito internacional e aquilo que poderá ser na perspectiva do direito interno dos Estados. No caso do direito interno dos Estados, este normalmente cobre todos aqueles crimes relacionados com a conduta do emprego da força, incluindo aqueles que apenas estão criminalizados no âmbito doméstico, como, por exemplo, os crimes de espionagem e de traição. António Cassese⁶⁰ chama a atenção a este propósito para o seguinte: “os crimes de guerra podem ser cometidos por militares contra os seus inimigos militares ou civis, ou por civis contra membros das forças armadas inimigas ou civis inimigos. Contrariamente, os crimes cometidos por militares contra os seus compatriotas nacionais (militares ou civis) não constituem crimes de guerra, como clarificou no caso *Pliz* o *Dutch Special Court of Cassation* e também no caso *Motosuke* o *Tribunal Marcial Holandês em Amboia*⁶¹ neste caso tais actos caem na jurisdição militar do Estado do agente (tradução do autor)”.

Podemos, pois, dizer que, até à I Guerra Mundial, o conceito de crimes de guerra esteve delimitado por uma vaga noção costumeira, sem consequências jurídico-penais do ponto de vista internacional. Foram os esforços de responsabilização dos criminosos de guerra, na sequência da I Guerra Mundial, que, pela primeira vez, apontaram alguns caminhos. Um deles foi o abandono da via da responsabilização exclusivamente através das legislações domésticas e um outro, não menos importante, foi a conceptualização do crime através do

⁶⁰ Antonio Cassese – *International Criminal Law*, New York: University Press, 2003, p. 48.

⁶¹ *Motosuke* era um oficial japonês que foi acusado de haver ordenado a execução de um cidadão holandês chamado *Barends*, cidadão este que, durante a ocupação de Ceram pelos japoneses, se tinha juntado aos *Gunkes* que eram um corpo de voluntários nativos indonésios que apoiavam o exército japonês. Este Tribunal decidiu que este cidadão ao juntar-se às forças japonesas perdeu a sua nacionalidade e que, por esse mesmo facto, esta execução não pode ser considerada um crime de guerra.

Estatuto do Tribunal Militar Internacional em Nuremberga anexo ao London Agreement, resolvendo também, em paralelo com a Convenção de 1968 sobre a Não Aplicabilidade das Limitações Estatutárias para os Crimes de Guerra e Crimes Contra a Humanidade, as problemáticas da irresponsabilização dos chefes de Estado e de Governo, das acções em cumprimento de ordens superiores, dos problemas da extradição por acto cometido com intenções políticas e ainda da não retroactividade das leis penais. Registemos também o legado dos Princípios de Nuremberga, hoje reconhecidamente parte integrante do direito internacional público⁶², como também a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

Parece-nos, todavia, muito importante, fazer algumas considerações relativas às quatro Convenções de Genebra, ao Estatuto do Tribunal Penal para a ex-Jugoslávia, ao Estatuto do Tribunal Penal para o Ruanda e ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Há tradicionalmente a tendência, talvez mais académica que jurisprudencial, de dividir, no que respeita à lei dos conflitos armados, em duas grandes áreas, o Direito de Genebra (aspectos humanitários) e o Direito de Haia (uso de meios e métodos de guerra). Esta divisão é, para nós e para muitos autores⁶³, puramente artificial, uma vez que há uma clara sobreposição entre ambas, facto que nos levou a preferir a expressão Direito Internacional Humanitário e dos Conflitos Armados.

As Convenções de Genebra começaram por reconhecer e mais tarde também o Estatuto do Tribunal Penal para a ex-Jugoslávia, o Estatuto do Tribunal Penal para o Ruanda e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, dois tipos de violações, tendo em consideração a gravidade do acto: as violações graves (grave breaches) e outros actos proibidos, que não se enquadram nas violações graves (serious violations)⁶⁴, nos quais a expressão “serious violations” é apenas a expressão da gravidade da infracção em causa.⁶⁵ Entre estes dois tipos de normas, está uma característica muito importante para o nosso

⁶² Remigiusz Bierzanek - War crimes: History and definition. International Criminal Law, New York (1999), p. 107.

⁶³ Ílias Bantekas; Susan Nash – International Criminal Law, p. 113; H McCoubrey – International Humanitarian Law: The Regulation of Armed Conflicts, 1990, Aldershot: Dartmouth, p. 1-2.

⁶⁴ Ílias Bantekas; Susan Nash – International Criminal Law, p. 113.

⁶⁵ Paula Escameia – correspondência trocada por via electrónica em 19 de Outubro de 2008.

estudo. Na verdade, relativamente às primeiras, isto é, às violações graves (*grave breaches*), estas podem apenas ser cometidas em conflitos de natureza internacional, contra pessoas ou propriedade protegida e estão sujeitas ao princípio da jurisdição universal (assuntos que abordaremos nos pontos seguintes). O mesmo não é verdade relativamente “às outras violações” que não se enquadram na categoria de violações graves. Neste caso, a responsabilização deste tipo de acções só poderá ocorrer através da criminalização através das jurisdições nacionais ou pela criminalização através dos estatutos e da competência de um tribunal internacional, com competência para tal. Vejamos, uma vez mais, o elenco das violações graves (*grave breaches*) das Convenções de Genebra e do Protocolo Adicional I:

Violações Graves nas Convenções de Genebra	
Convenção I	Artigo 50º - As infracções graves a que o artigo anterior se refere são as que abrangem qualquer dos actos seguintes, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: o homicídio intencional, a tortura ou os tratamentos desumanos, compreendendo as experiências biológicas, o facto de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou de ofender gravemente a integridade física ou a saúde, a destruição e a apropriação de bens não justificadas por necessidades militares e executados em grande escala, de forma ilícita e arbitrária.
Convenção II	Artigo 51º - As infracções graves a que alude o artigo anterior são as que abrangem algum dos seguintes actos, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: o homicídio intencional, a tortura ou os tratamentos desumanos. Incluindo as experiências biológicas, o facto de causar, intencionalmente, grandes sofrimentos ou de ofender gravemente a integridade física ou a saúde, a destruição e apropriação de bens, não justificadas por necessidades militares e executadas em grande escala, de modo ilícito e arbitrário.
Convenção III	Artigo 130º - Os delitos graves referidos no artigo precedente são aqueles que abrangem qualquer dos actos seguintes, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela presente Convenção: homicídio voluntário, a tortura ou os tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o propósito de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou atentados graves contra a integridade física ou saúde, obrigar um prisioneiro de guerra a servir nas forças armadas da potência inimiga, ou o propósito de privá-lo do seu direito de ser julgado regular e imparcialmente segundo as prescrições da presente Convenção.
Convenção IV	Artigo 147º - Os delitos graves referidos no artigo precedente são aqueles que abrangem um ou outro dos seguintes actos, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela presente Convenção: o homicídio voluntário, a tortura ou os tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o propósito de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou graves lesões no corpo ou à saúde, a deportação ou transferência ilegais, a reclusão ilegal, a obrigatoriedade de uma pessoa protegida servir as forças armadas de uma potência inimiga ou o propósito de privá-la do seu direito de ser julgada regular e imparcialmente segundo as prescrições da presente convenção, a tomada de reféns, a destruição e apropriação de bens não justificáveis pelas necessidades militares e executadas em grande escala de modo ilícito e arbitrário.

Violações Graves no Protocolo Adicional I

Artigo 85.º

Repressão das infracções ao presente Protocolo

1 - As disposições das Convenções relativas à repressão das infracções e das infracções graves, completadas pela presente secção, aplicam-se à repressão das infracções e das infracções graves ao presente Protocolo.

2 - Os actos qualificados de infracção grave nas Convenções constituem infracções graves ao presente Protocolo, se forem cometidos contra pessoas em poder de uma Parte adversa protegidas pelos artigos 44.º, 45.º e 73.º do presente Protocolo, ou contra feridos, doentes e náufragos da Parte adversa protegidos pelo presente Protocolo, ou contra o pessoal sanitário ou religioso, unidades sanitárias ou meios de transporte sanitário que estiverem sob controlo da Parte adversa e protegidos pelo presente Protocolo.

3 - Além das infracções graves definidas no artigo 11.º, os seguintes actos, quando cometidos intencionalmente, em violação das disposições pertinentes do presente Protocolo e que acarretem a morte ou causem danos graves à integridade física ou à saúde, consideram-se infracções graves ao presente Protocolo:

a) Submeter a população civil ou pessoas civis a um ataque;

b) Lançar um ataque indiscriminado, que atinja a população civil ou bens de carácter civil, sabendo que esse ataque causará perdas de vidas humanas, ferimentos em pessoas civis ou danos em bens de carácter civil, que sejam excessivos nos termos do artigo 57.º, n.º 2, alínea a), iii);

c) Lançar um ataque contra obras ou instalações contendo forças perigosas, sabendo que esse ataque causará perdas de vidas humanas, ferimentos em pessoas civis ou danos em bens de carácter civil, que sejam excessivos nos termos do artigo 57.º, n.º 2, alínea a), iii);

d) Submeter a um ataque localidades não defendidas ou zonas desmilitarizadas;

e) Submeter uma pessoa a um ataque sabendo-a fora do combate;

f) Utilizar perfidamente, em violação do artigo 37.º, o sinal distintivo da Cruz Vermelha, ou do Crescente Vermelho ou outros sinais protectores reconhecidos pelas Convenções e pelo presente Protocolo.

4 - Além das infracções graves definidas nos números precedentes e nas Convenções, os seguintes actos são considerados como infracções graves ao Protocolo, quando cometidos intencionalmente e em violação das Convenções ou do presente Protocolo:

a) A transferência pela Potência ocupante, de uma parte da sua própria população civil para o território que ela ocupa, ou a deportação ou a transferência no interior ou fora do território ocupado, da totalidade ou de parte da população desse território, em violação do artigo 49.º da Convenção IV;

b) Qualquer demora injustificada no repatriamento dos prisioneiros de guerra ou dos civis;

c) Práticas de apartheid ou outras práticas desumanas e degradantes, baseadas na discriminação racial que dêem lugar a ultrajes à dignidade da pessoa;

d) O facto de dirigir ataques contra monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto claramente reconhecidos, que constituam património cultural ou espiritual dos povos e aos quais uma protecção especial foi concedida em virtude de acordo especial, por exemplo no âmbito de uma organização internacional competente, provocando assim a sua destruição em grande escala, quando não existe qualquer prova de violação pela Parte adversa do artigo 53.º, alínea b), e os monumentos históricos, obras de arte e lugares de culto em questão não estejam situados na proximidade imediata de objectivos militares;

e) O facto de privar uma pessoa protegida pelas Convenções ou mencionada pelo n.º 2 do presente artigo do seu direito de ser julgada regular e imparcialmente.

5 - Sob reserva da aplicação das Convenções e do presente Protocolo, as infracções graves a estes documentos são consideradas crimes de guerra.

Para além das considerações apresentadas, importa ponderar as seguintes: a primeira é-nos apresentada por Georges Abi-Saab e Rosemary Abi-Saab, que define crimes de guerra como: “violações das regras do jus in bello que acarretam, segundo o direito internacional, a responsabilidade penal dos indivíduos que as cometem”⁶⁶. A segunda é-nos oferecida por

⁶⁶ Georges Abi-Saab e Rosemary Abi-Saab - *Les Crimes de Guerre. Chapitre 21, Droit International Pénal*, 2000, p. 265-285 : L'on peut définir les «crimes de guerre» comme étant les violations des règles du jus in bello (rebaptisé depuis les Conventions de Genève de 1949 «droits des conflits armés» et plus récemment «droit international humanitaire»), qui entraînent, selon le droit international, la responsabilité pénale des individus qui les commettent. »



António Cassese, no seguinte sentido: “crimes que guerra são sérias violações das normas consuetudinárias ou, onde aplicável, dos tratados que formam o corpus do direito internacional humanitário dos conflitos armados (tradução do autor e itálicos conforme original)”⁶⁷. A terceira, encontro-la na decisão de recurso da Câmara de Recurso (Interlocutory Appeal) do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, no caso Tadić (IT-94-1) “Prijeđor”⁶⁸ definiu que, para efeitos do artigo 3º, isto é, violações das leis ou dos costumes da guerra, os seguintes requisitos devem estar preenchidos para que seja possível a responsabilização dos seus autores por tais violações (tradução do autor)⁶⁹:

- (i) A violação deve constituir uma infracção ao direito internacional humanitário;*
- (ii) A norma violada deve pertencer ao direito consuetudinário por natureza ou se pertencer ao direito internacional de base voluntarista, deve verificar as condições explicadas no parágrafo 143 (aqui omitida);*
- (iii) A violação tem que ser “séria”, o mesmo é dizer, deve constituir uma violação de uma norma que protege valores importantes, e essa violação deve envolver graves consequências para a vítima (...);*
- (iv) A violação da norma deve envolver, nos termos do direito internacional costumeiro ou do direito internacional convencional, a responsabilidade criminal do agente de tal violação.*

Ora, dito isto, importa alinhar algumas ideias. Em primeiro lugar, o conceito de crimes de guerra, na moderna perspectiva do direito internacional, tem como limite o jus in bello e inclui todos aqueles actos que constituem “violações graves” das leis e dos costumes da guerra

⁶⁷ Antonio Cassese - *International Criminal Law*, 2003, p. 47: (...) *War crimes are serious violations of customary or, whenever applicable, treaty rules belonging to the corpus of the international humanitarian law of armed conflict.*

⁶⁸ *Drusko Tadić (Appeal) IT-94-1-AR72 - (Decision on the defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), Appeals Chamber, Decision of 2 October 1995, §94.*

⁶⁹ *The following requirements must be met for an offence to be subject to prosecution before the International Tribunal under Article 3º: (i) the violation must constitute an infringement of a rule of international humanitarian law; (ii) the rule must be customary in nature or, if it belongs to treaty law, the required conditions must be met (see §143); (iii) the violation must be "serious", that is to say, it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim. Thus, for instance, the fact of a combatant simply appropriating a loaf of bread in an occupied village would not amount to a "serious violation of international humanitarian law" although it may be regarded as falling foul of the basic principle laid down in Article 46º, §1, of the Hague Regulations (and the corresponding rule of customary international law) whereby "private property must be respected" by any army occupying an enemy territory; (iv) the violation of the rule must entail, under customary or conventional law, the individual criminal responsibility of the person breaching the rule.*



e ainda outras violações, que se encontram fora desta categoria de violações graves (como, por exemplo, as violações sérias). Ou seja, as violações graves são uma espécie, uma parte apenas, dos crimes de guerra⁷⁰. Procurando ainda acrescentar algo mais, podemos afirmar que este conceito está associado a uma violação séria de normas internacionais costumeiras ou voluntaristas, violação essa que deve ter lugar no contexto de um conflito armado (internacional ou não internacional) e da qual resulta uma responsabilidade criminal para o agente que praticou acto violador da norma. O objecto do nosso estudo, porém, concentra-se não nos crimes de guerra *lacto sensu*, mas apenas nas infracções graves (*grave breaches*) e nas outras violações, previstas nas Convenções de Genebra, no Protocolo Adicional I e no Estatuto dos Tribunais *ad hoc* e no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que resultam no caso das infracções graves de conflitos internacionais e no caso das outras violações, dos conflitos internacionais e não internacionais. Todavia, deve fazer-se neste momento uma referência importante aduzida por Otto Triffterer⁷¹ referindo-se ao Anexo E da acta final da Conferência de Roma de 1998, salientando a propósito da gravidade do crimes contidos no Estatuto que “apesar do facto de que os crimes de terrorismo e de tráfico de droga serem altamente disputados, a Acta Final desta Conferência no seu Anexo E claramente demonstra, que estes crimes são “crimes sérios” ou mesmo “crimes muito sérios”, mas não são ainda “os crimes mais sérios” que preocupam a comunidade internacional como um todo, para os quais a jurisdição complementar do Estatuto de Roma foi estabelecida (tradução do autor)”.

Em segundo lugar, importa destacar uma vez mais que os crimes de guerra, ao contrário dos crimes contra a paz (que ocorrem continuamente na perspectiva do *jus ad bellum*), sendo violações graves e outras violações das leis e dos costumes da guerra, têm lugar apenas no decurso dos conflitos armados, isto é, após o seu início.⁷²

⁷⁰ Georges Abi-Saab – *The concept of war crimes. International Law in the Post-cold war World, essays in memory of Li Haopei*, p. 114.

⁷¹ *Command Responsibility*, p. 907.

⁷² Georges Abi-Saab – *The concept of war crimes. International Law in the Post-cold war World, essays in memory of Li Haopei*, p. 112.



Em terceiro lugar, a responsabilidade pela violação das regras do jus in bello, é antes de tudo uma responsabilidade geral dos Estados nacionais dos cidadãos agentes de tais crimes, sendo também, em particular, uma responsabilidade pessoal individual, no que respeita apenas a alguns tipos de crime. Os crimes de guerra, numa perspectiva internacional, são todas as violações das regras do jus in bello das quais advém, em termos internacionais, uma responsabilidade criminal individual para os seus agentes⁷³ e não, como se afirma no Field Manual 27-10 (§499)⁷⁴ que “a designação crime de guerra é uma expressão técnica que traduz uma violação da lei da guerra, cometida por qualquer pessoa ou pessoas, militares ou civis. Qualquer violação da lei da guerra é um crime de guerra (tradução do autor)”. Por outras palavras, crimes de guerra são aqueles crimes para os quais o direito internacional atribui consequências penais individuais, que vão para além da responsabilidade dos Estados nacionais dos seus agentes, embora nem todas as violações do direito internacional dos conflitos armados correspondam, efectivamente, a crimes de guerra numa perspectiva internacional.

Em quarto e último lugar, decorrente das afirmações anteriores, podemos também exarar que nem todas as violações do jus in bello constituem crimes de guerra na perspectiva do direito internacional, mas que as violações que não são crimes de guerra podem ainda ser sancionadas pelos códigos penais militares ou pelos regulamentos disciplinares nacionais de cada um dos Estados.

Já vimos que estes crimes têm lugar num contexto particular de um conflito armado. Tendo em consideração a definição de conflito armado que foi já apresentada no Capítulo 2, na qual referimos que a delimitação geo-temporal se prolonga para além do momento em que têm lugar as hostilidades e inclui o território ou territórios como um todo no qual o conflito armado tem lugar, resta-nos a questão da qualificação do agente do crime. Obviamente que, se tratar de um agente que toma parte activa no conflito, sendo neste caso um combatente, poderá ser responsabilizado por actos dolosos contra pessoas protegidas, por empregar meios e

⁷³ Georges Abi-Saab – The concept of war crimes. *International Law in the Post-cold war World, essays in memory of Li Haopei*, p. 112.

⁷⁴ United States Army, *Law of War Handbook*, 2005, p. 206.

métodos proibidos ou ainda por violar o estatuto de civis não combatentes num território ocupado. Mas não são só os combatentes que se podem qualificar agentes de crimes de guerra. É o caso de civis num território ocupado que dolosamente ataquem o inimigo e que não satisfaçam um dos quatro critérios⁷⁵ para os designados “lawful combatants” (legítimos), uma vez que comete um crime de guerra, pelo recurso à perfídia⁷⁶. Assim, tendo em consideração a definição de conflito armado, a noção de violação grave e de outras violações do direito internacional humanitário, bem como a qualidade de agente que praticou o acto ofensivo, a responsabilização poderá ocorrer muito após a cessação das hostilidades, por um tribunal nacional ou internacional, através da aplicabilidade das regras (processuais) do Direito Humanitário e dos Conflitos Armados. Nesta respectiva, uma das questões mais importantes é o problema da jurisdição universal que trataremos já de seguida.

⁷⁵ Convenção de Genebra III, artigo 4º, n.º 2, alínea a) Ter à sua frente uma pessoa responsável pelos seus subordinados; b) Ter um sinal distinto fixo que se reconheça à distância; c) Usarem as armas à vista; d) Respeitarem, nas suas operações, as leis e usos de guerra.

⁷⁶ Protocolo Adicional I, artigo 37.º - Proibição da perfídia: 1 - É proibido matar, ferir ou capturar um adversário recorrendo à perfídia. Constituem perfídia os actos que apelem, com intenção de enganar, à boa fé de um adversário para lhe fazer crer que tem o direito de receber ou a obrigação de assegurar a protecção prevista pelas regras do direito internacional aplicável nos conflitos armados. São exemplo de perfídia os actos seguintes: a) Simular a intenção de negociar a coberto da bandeira parlamentar, ou simular a rendição; b) Simular uma incapacidade causada por ferimentos ou doença; c) Simular ter estatuto de civil ou de não combatente; d) Simular ter um estatuto protegido utilizando sinais, emblemas ou uniformes das Nações Unidas, Estados neutros ou de outros Estados não Partes no conflito. 2 - As astúcias de guerra não são proibidas. Constituem astúcias de guerra os actos que têm por fim induzir um adversário em erro ou fazer-lhe cometer imprudências, mas que não violem nenhuma regra do direito internacional aplicável aos conflitos armados e que, não apelando à boa fé do adversário no respeitante à protecção prevista por aquele direito, não são perfídias. Os actos seguintes são exemplos de astúcias de guerra: uso de camuflagem, engodos, operações simuladas e falsas informações.

3.4. Jurisdição universal e as obrigações resultantes dos artigos 49º, 50º, 129º e 146º das Convenções de Genebra de 1949⁷⁷ e do artigo 85º do Protocolo Adicional I de 1977

“(...) O Direito Internacional Penal é um acervo de regras internacionais destinadas, não só a proibir os crimes internacionais, como também a impor aos Estados a obrigação de processar e punir, pelo menos alguns destes crimes. O Direito Internacional Penal também regula os procedimentos internacionais para processar e julgar pessoas acusadas destes crimes (...)”.

Antonio Cassese⁷⁸

Quando falamos de jurisdição universal vem imediatamente à memória um nome: Augusto Pinochet⁷⁹. Todavia, ao referirmos o caso da jurisdição universal aplicada às violações graves das leis dos conflitos armados (crimes de guerra), um outro nome não deixa ninguém indiferente: Adolph Eichmann. Vejamos pois, alguns dos desafios mais interessantes desta figura, que nas palavras de Dinstein “tem permitido outros Estados (...) processar pessoas (...) por crimes de Guerra”⁸⁰. O nosso objectivo é responder a duas perguntas: Qual é o seu conceito? Que perspectivas é que se colocam no caso da responsabilidade dos chefes militares?

Jurisdição é a autoridade que um Estado detém para fazer aplicar a sua lei a certos agentes, acontecimentos ou coisas (no caso da jurisdição legislativa); ou ainda a autoridade de um Estado para sujeitar certos agentes ou acontecimentos ao processo dos seus tribunais judiciais ou administrativos (no caso da jurisdição adjudicatória) (...)⁸¹. A jurisdição

⁷⁷ Artigos 49º (CGI), 50º (CGII), 129º (CGIII) e 146º (CGIV).

⁷⁸ Tradução do autor a partir de Antonio Cassese - *International Criminal Law*, 1st edition, New York, Oxford University Press, 2003, p.15: “(...) International criminal law is a body of international rules designed both to proscribe international crimes and to impose upon States the obligation to prosecute and punish at least some of those crimes. It also regulates international proceedings for prosecuting and trying persons accused of such crimes” Professor da Universidade de Florença, Presidente do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia (1993-1997), Presidente do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia (1993-1997), Juiz do Tribunal Penal para Antiga Jugoslávia (1993-2000).

⁷⁹ Na noite de 16 de Outubro de 1998 a polícia londrina deteve o General Chileno Augusto Pinochet, durante uma visita privada ao Reino Unido. As autoridades policiais britânicas actuaram de acordo com um mandato de captura emitido por um juiz espanhol. Os tribunais do Reino Unido apreciaram rejeitando um pedido de imunidade e consideraram a hipótese da sua extradição para Espanha. Finalmente, por decisão do Governo britânico, o General Pinochet foi autorizado a regressar ao seu país natal, após ter sido considerado clinicamente incapaz de se apresentar a julgamento.

⁸⁰ Yoram Dinstein - *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*, p. 228.

⁸¹ Kenneth C. Randall, *HeinOnline*, 53 *Naval L. Rev.*, p. 260, 2006.

universal permite, pois, a qualquer Estado julgar ofensas por certos crimes, mesmo quando a esse Estado lhe faltam os tradicionais nexos de ligação ao crime, ao agente ou à vítima⁸². A razão de ser desta figura da jurisdição universal ou da aplicação do princípio da universalidade da jurisdição, deve ser entendida no âmbito de uma comunidade internacional que parece ter deixado cair o conceito de soberania absoluta e que se constrói na partilha de valores. Assim, a jurisdição universal é estranha ao conceito absoluto de soberania nacional, a qual se configura numa perspectiva restrita de jurisdição. A jurisdição universal apresenta-se como um prolongamento de soberania jurisdicional nacional outorgada pela comunidade internacional⁸³. Os Estados, ao exercerem a jurisdição universal, fazem-no como sub-rogação da comunidade internacional, assumido o princípio da universalidade, onde cada Estado tem um interesse em combater certos tipo de ofensas, que são universalmente censuráveis. Por outras palavras, um Estado, ao exercer a jurisdição universal, realiza uma “action popularis” contra pessoas consideradas hostis “*humani generis*”⁸⁴, uma vez que o conceito tem por finalidade garantir que não existem “*safe heavens*” para os responsáveis dos crimes mais graves em direito internacional, no sentido da protecção dos valores da paz e da dignidade humana. Trata-se, portanto e somente, de julgar actos tipificados internacionalmente como crimes, crimes esses que a comunidade internacional como um todo considera dos mais sérios e hediondos⁸⁵ e aos quais devem serem aplicadas as definições jurídico-internacionais, de natureza consuetudinária (não voluntarista)⁸⁶, desses mesmos crimes⁸⁷. A doutrina maioritária afirma que a jurisdição universal só é aplicável aos crimes do *jus cogens*⁸⁸, categoria à qual, como já afirmamos, pertencem os crimes de guerra. Mas a questão essencial parece ser a de saber se nesta figura se incluem todos os crimes de guerra, ou apenas as violações graves das Convenções de Genebra. Quanto a nós, tal como já nos referimos

⁸² James Paul Benoit – *The Evolution of Universal Jurisdiction over War Crimes*, p.261, HeinOnline.

⁸³ M. Cherif Bassiouni - *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. *Virginia Journal of International Law* (2001-2002), Vol. 42, 81-162, p. 96.

⁸⁴ Hays Butler - *Universal Jurisdiction: A Compilation of Documents* (3Vol 2000); Jordan J. Paust, M. Cherif Bassiouni & M Scharf [et al] - *International Criminal Law: Cases and Materials* (2nd ed. 2000); Steven Ratner & Jason Abrams - *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy* (2001).

⁸⁵ James Paul Benoit – *The Evolution of Universal Jurisdiction over War Crimes*, p.262, HeinOnline.

⁸⁶ Anthony J. Colangelo – *The legal Limits of Universal Jurisdiction*, p.166, HeinOnline.

⁸⁷ Anthony J. Colangelo – *The legal Limits of Universal Jurisdiction*, p.150, HeinOnline.

⁸⁸ Notas de pé de página de Anthony J Colangelo – *The legal Limits of Universal Jurisdiction*, p.150, HeinOnline.



anteriormente, pelo menos a maioria dos autores parece ser favorável a inclusão apenas das violações graves das Convenções de Genebra no elenco dos crimes do jus cogens e não, todas as violações, excluído assim, quer as violações sérias⁸⁹, quer ainda as outras violações. Assim, o conceito de jurisdição universal nasce da denominada normatividade relativa. Segundo Shelton, (...) a normatividade relativa que “envolve hierarquia entre as fontes e as normas, e que implica regras de reconhecimento por meio das quais o direito é distinguido das normas sem força jurídica” (tradução do autor)⁹⁰. A partir desta perspectiva, a doutrina identifica a existência de normas superiores ou peremptórias, as quais prevalecem sobre outras normas e obrigam todos os Estados, independentemente do seu consentimento. A figura do jus cogens parece afastar uma certa unidade normativa, na medida em que distingue entre normas peremptórias e normas meramente obrigatórias. Ian Brownlie aponta como exemplos de menor controvérsia a proibição do uso da força, a legislação aplicável ao genocídio, o princípio da não discriminação racial, crimes contra a humanidade, e as regras proibindo a tráfico de escravos e pirataria⁹¹. Todavia, devemos atender com particular atenção aos Relatórios da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas de 2001 e 2006 sobre a Responsabilidade dos Estados⁹² e da Fragmentação do Direito Internacional⁹³, que nos

⁸⁹ “The word “serious” signifies that a certain order of magnitude of violation is necessary in order not to trivialize the breach and it is not intended to suggest that any violation of these obligations is not serious or is somehow excusable.” Yearbook of the International Law Commission, 2001, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its 53rd Session, Vol II, Part Two, United Nations, New York and Geneva, 2001, Chapter III, p.113. [Em linha]. [Acesso em 19 Dezembro de 2009]. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

⁹⁰ Dinah Shelton - International Law and “Relative Normativity”. Chapter 5, 145-172: “(...) It involves issues of hierarchy among sources and norms and implicates the rules of recognition by which law is distinguished from norms that are not legally binding.”

⁹¹ Ian Brownlie, - Principles of International Law, p. 515.

⁹² (sublinhados do autor) “... Whether a qualitative distinction should be recognized between different breaches of international law has been the subject of a major debate. The issue was underscored by ICJ in the Barcelona Traction case, when it said that: an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes... On a number of subsequent occasions the Court has taken the opportunity to affirm the notion of obligations to the international community as a whole, although it has been cautious in applying it. In the East Timor case, the Court said that “Portugal’s assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an erga omnes character, is irreproachable”... A closely related development is the recognition of the concept of peremptory norms of international law in articles 53^o and 64^o of the 1969 Vienna Convention. These provisions recognize the existence of substantive norms of a fundamental character, such that no derogation from them is permitted even by treaty... (2)... In accordance with article 53^o of the 1969 Vienna Convention, a peremptory norm of general international law is one which is: accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character. The concept of peremptory norms of general international law is recognized in international practice, in the jurisprudence of international and national courts and tribunals and in legal doctrine... (3) It is not appropriate to set out examples of the



encaminham para um número muito limitado de crimes que pertencem à categoria do *jus cogens*. Entre este número limitado incluem-se alguns dos crimes do elenco do Direito Internacional Humanitário, aplicável em conflitos armados. Também nos casos Barcelona Traction⁹⁴, uso da força entre Ruanda e República Democrática do Congo⁹⁵, Timor Leste⁹⁶ e

peremptory norms referred to in the text of article 40° (Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts) itself, any more than it was in the text of article 53° of the 1969 Vienna Convention. The obligations referred to in article 40° (Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts) arise from those substantive rules of conduct that prohibit what has come to be seen as intolerable because of the threat it presents to the survival of States and their peoples and the most basic human values. (4) Among these prohibitions, it is generally agreed that the prohibition of aggression is to be regarded as peremptory. This is supported, for example, by the Commission's commentary to what was to become article 53° uncontradicted statements by Governments in the course of the Vienna Conference on the Law of Treaties, the submissions of both parties in the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case and the Court's own position in that case. There also seems to be widespread agreement with other examples listed in the Commission's commentary to article 53°: viz. the prohibitions against slavery and the slave trade, genocide, and racial discrimination and apartheid. These practices have been prohibited in widely ratified international treaties and conventions admitting of no exception. There was general agreement among Governments as to the peremptory character of these prohibitions at the Vienna Conference. As to the peremptory character of the prohibition against genocide, this is supported by a number of decisions by national and international courts... Although not specifically listed in the Commission's commentary to article 53° of the 1969 Vienna Convention, the peremptory character of certain other norms seems also to be generally accepted. This applies to the prohibition against torture as defined in article 1° of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. The peremptory character of this prohibition has been confirmed by decisions of international and national bodies. In the light of the description by ICJ of the basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict as "intransgressible" in character, it would also seem justified to treat these as peremptory. Finally, the obligation to respect the right of self-determination deserves to be mentioned. As the Court noted in the East Timor case, "[t]he principle of self-determination ... is one of the essential principles of contemporary international law", which gives rise to an obligation to the international community as a whole to permit and respect its exercise..." Yearbook of the International Law Commission, 2001, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, Vol II, Part Two, United Nations, New York and Geneva, 2001, Chapter IV State Responsibility, p. 111-113. [Em linha]. [Acesso em 19 Dezembro de 2009]. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

⁹³ (sublinhados do autor) "(32) Recognized hierarchical relations by the substance of the rules: *jus cogens*. A rule of international law may be superior to other rules on account of the importance of its content as well as the universal acceptance of its superiority. This is the case of peremptory norms of international law (*jus cogens*, Article 53° Vienna Convention), that is, norms "accepted and recognized by the international community of States as a whole from which no derogation is permitted"... (33) The content of *jus cogens*. The most frequently cited examples of *jus cogens* norms are the prohibition of aggression, slavery and the slave trade, genocide, racial discrimination apartheid and torture, as well as basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict, and the right to self-determination..." (37) Rules specifying obligations owed to the international community as a whole: *Obligations erga omnes*. Some obligations enjoy a special status owing to the universal scope of their applicability. This is the case of obligations erga omnes, that is obligations of a State towards the international community as a whole. These rules concern all States and all States can be held to have a legal interest in the protection of the rights involved. Every State may invoke the responsibility of the State violating such obligations. (38) The relationship between *jus cogens* norms and obligations *erga omnes*. It is recognized that while all obligations established by *jus cogens* norms, as referred to in conclusion (33) above, also have the character of *erga omnes* obligations, the reverse is not necessarily true. Not all *erga omnes* obligations are established by peremptory norms of general international law. This is the case, for example, of certain obligations under "the principles and rules concerning the basic rights of the human person", as well as of some obligations relating to the global commons." Yearbook of the International Law Commission, 2006, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006), United Nations, 2006, Chapter XII Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law, p. 400-422. [Em linha]. [Acesso em 20 Dezembro de 2009]. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>.

⁹⁴ 33. Dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement. Ces obligations ne sont toutefois ni absolues ni sans réserve. Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations



*Saara Ocidental*⁹⁷ referem-se os actos de agressão, o genocídio e autodeterminação, bem como dos princípios e regras concernentes aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a protecção contra a escravidão e discriminação racial, também como pertencendo à categoria do *jus cogens*.

Entre nós Eduardo Batista refere que “... em dezenas de Resoluções, o Conselho de Segurança e a Assembleia-Geral têm condenado violações do direito internacional humanitário, sem fazer qualquer distinção entre conflitos internacionais e conflitos internos. O carácter *erga omnes* das obrigações impostas por estas normas é, pois, um dado adquirido. De outra forma, as Nações Unidas não teriam interesse, ou sequer legitimidade, para intervir”⁹⁸.

Não é nossa intenção fazer aqui a história desta figura jurídica, mas há três nomes que gostaríamos de referir: Hugo Grócio, F. Martens e Adolf Eichmann porque, de algum modo, sintetizam o essencial desta questão. O primeiro (Hugo Grócio) escreveu o seguinte na sua obra *De jure belli Ac Pacis Libi Tres* (1625) no decorrer da Guerra dos 30 anos: “The fact must be recognized that kings, and those who posses rights equal to those kings, have the right of demanding punishments not only on account of injuries committed against themselves or theirs subjects, but also on account of injuries which do not directly affect them but excessively violate the law of nature or of nations in regard to any persons whatsoever (...)”⁹⁹, isto é, identificando claramente a ideia básica da jurisdição universal. O segundo (F. Martens), aprofundou a razão de ser do conceito, através da sua famosa cláusula, acentuando o seu carácter costumeiro e de profunda censurabilidade através da expressão “... as they

dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*». *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Limited, Second Phase, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 32, §33. [Acesso em 20 Dezembro de 2009]. <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>.

⁹⁵ [Acesso em 20 Dezembro de 2009]. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=cr&case=117&lk=85>.

⁹⁶ “[t]he principle of self-determination ... is one of the essential principles of contemporary international law”, which gives rise to an obligation to the international community as a whole to permit and respect its exercise...” *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment*, I.C.J. Reports, 1995, p. 90, at p. 102, §29. [Em linha]. [Acesso em 20 Dezembro de 2009]. <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf>.

⁹⁷ *Sahara Occidental, Avis Consultatif du 16 Octobre 1975*. [Acesso em 20 Dezembro de 2009]. <http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf>.

⁹⁸ Eduardo Correia Batista – *Jus cogens em direito internacional*, Lisboa 1997, p. 433.

⁹⁹ Citado por James Paul Benoit – *The Evolution of Universal Jurisdiction over War Crimes*, p.267, HeinOnline a partir de Theodor Meron, *Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez*.



result from usages established among civilised peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience”¹⁰⁰. O terceiro é um dos muitos casos que poderíamos citar e que ilustra uma aplicação prática do princípio, pelo qual um Estado (Israel), sequestra um indivíduo e retira-o do território de outro Estado (Argentina), julga-o por crimes que este cometeu no território de um terceiro Estado (Alemanha), cujas vítimas tinham diversas nacionalidades (mas não a israelita), quando esse Estado (Israel) nem sequer existia¹⁰¹ e apresenta como justificação o facto de que “quando um Estado captura e pune o agente de uma ofensa universal, todos os Estados beneficiam (tradução do autor)”¹⁰².

Por uma miríade de razões parece haver uma propensão para os Estados¹⁰³ individualmente aperfeiçoarem as suas legislações para aplicação do conceito (especialmente no que respeita aos crimes de guerra),¹⁰⁴ num momento em que o Tribunal Penal Internacional deu início ao seu funcionamento que, ao contrário dos Tribunais ad hoc, actua sob o princípio da complementaridade. Uns aplicando directamente o princípio, outros legislando para estabelecer regras para o exercício desta jurisdição (como, por exemplo, requerendo a presença do arguido) e outros, ainda a maioria, simplesmente nada aplicando:

¹⁰⁰ Artigo 2º do Protocolo Adicional I, às Convenções de Genebra, 1977.

¹⁰¹ James Paul Benoit – *The Evolution of Universal Jurisdiction over War Crimes*, p. 274, HeinOnline.

¹⁰² James Paul Benoit – *The Evolution of Universal Jurisdiction over War Crimes*, p. 274, HeinOnline.

¹⁰³ Espanha, França, Bélgica, Holanda, Suíça, Dinamarca; Austrália, Reino Unido e Alemanha. James Paul Benoit – *The Evolution of Universal Jurisdiction over War Crimes*, p.280, HeinOnline.

¹⁰⁴ James Paul Benoit – *The Evolution of Universal Jurisdiction over War Crimes*, p. 318, HeinOnline.

<i>Tribunal</i>	<i>Tipo de conflito</i>	<i>Jurisdição</i>
<i>ICTY</i>	<i>Internacional</i> <i>Não Internacional</i>	<i>Estes tribunais têm primazia sobre os tribunais domésticos</i>
<i>ICTR</i> ¹⁰⁵	<i>Exclusivamente</i> <i>Não Internacional</i>	
<i>Tribunal Especial para a Serra Leoa</i>		
<i>ICC</i>	<i>Internacional</i> <i>Não Internacional</i>	<i>Complementaridade, isto é, existe primazia dos tribunais domésticos sobre este tribunal</i>

Parece pois existir uma especial “apetite”, uma tendência para aplicar esta figura. Em todos os conflitos armados, independentemente do cuidado na preparação, planeamento e execução e para além da justificação em termos de *jus ad bellum*, existem situações tipificáveis como crimes de guerra. O perigo que se coloca para a responsabilização dos chefes militares é, face a esta tendência de aplicação da jurisdição universal, a sua susceptibilidade de manipulação política, que pode ser exercida todas as vezes que um conflito tiver lugar.

Além deste facto, os artigos 49º, 50º, 129º e 146º, quase universalmente ratificados, contêm regras de procedimento que, ao contrário da jurisdição universal, impõem a criminalização destes actos nas legislações internas e o exercício da jurisdição sobre os agentes destes crimes de modo “não facultativo”¹⁰⁶. Mas a questão merecerá nova referência em sede do estudo das imunidades, durante o Capítulo 4, no sentido de estudarmos as reais possibilidades de afastar a responsabilidade individual dos titulares de cargos públicos, em caso da prática de certos tipos de crimes.

¹⁰⁵ Uma referência muito particular deve ser efectuada relativamente à importância do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para o Ruanda. Existe a tendência de considerar o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para ex-Jugoslávia, como aquele cujo legado para a história do direito internacional penal mais se destaca em termos gerais. Concordamos com esta posição maioritária. Todavia, se tivermos em consideração que, por um lado, as normas internacionais aplicáveis aos conflitos armados internos são escassas em comparação com as normas aplicáveis aos conflitos armados internacionais (apenas o artigo 3º CG e o PA II) e que, por outro, a jurisdição sobre os agentes de tais crimes de guerra, cometidos num território onde formalmente não há guerra (apenas um conflito não internacional), apenas se poderia efectuar perante tribunais nacionais, poderemos considerar a implementação deste tribunal internacional, como faz Davis Turns em *War crimes without war? – The applicability of International Humanitarian Law to atrocities in non-international armed conflicts*, p.822, um acontecimento “épico”. Mas para além deste facto, deve ainda registar-se, como também salienta Davis Turns, a “inovação” que constitui o artigo 4º que detalha e especifica os actos referidos pelos o artigo 3º CG e PA II. Importa portanto em conclusão afirmar que o ICTR e dos seus estatutos a par da sua jurisprudência, sem esquecer o artigo 8º do Tribunal Penal Internacional na parte aplicável aos conflitos não internacionais, constituem uma preciosa, única e imprescindível ferramenta no combate à impunidade na guerra, onde esta “não existe”.

¹⁰⁶ Georges Abi-Saab – *The Concept of War Crimes*, p. 115.

3.5. Condições de aplicabilidade do artigo 8º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (a qualificação do conflito)

“The opt-out clause is apparently one of the gravest restraints on the court’s jurisdiction”.

Gabriella Venturini¹⁰⁷

As condições de aplicabilidade do artigo 8º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional já foram ligeiramente afluadas nos pontos anteriores. Para além de uma questão prévia relativa ao artigo 124¹⁰⁸ que permite aos Estados parte não aceitar a competência do tribunal relativamente ao artigo 8º, torna-se importante uma referência mais específica nas três direcções que possibilitam estudar as condições de aplicabilidade do artigo 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional: inicialmente vamos avaliar a existência de um conflito armado, depois identificaremos a natureza dos crimes e a sua ligação com o conflito armado e, finalmente, determinaremos a relevância da qualificação do conflito.

Por diversas vezes já nos referimos à definição de conflito armado. Na verdade, a primeira condição da aplicabilidade do artigo 8º é a existência de um conflito armado. Não há no direito internacional positivo uma definição de conflito armado¹⁰⁹. Há, contudo, algumas indicações (artigo 2º CG, artigo 1º, n.º 2 AP II e artigo 8º, n.º 2, alíneas d) e f) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional) que permitem afirmar que existe outro tipo de conflitos para além dos casos de guerra declarada e que perturbações internas e tensões não são conflitos armados. A noção de conflito armado, tal como já apresentamos no Capítulo 2, pressupõe o

¹⁰⁷ War Crimes in International Conflicts, 2001, p. 95.

¹⁰⁸ Como explica Gabriella Venturini, o artigo 124º foi introduzido para ultrapassar as divergências relativas à questão de saber se a interpretação do n.º 1 do artigo 8º “O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes” deverá ser no sentido de que o Estatuto apenas se aplica se ocorrer uma prática destes crimes em larga escala ou, pelo contrário, a interpretação correcta vai no sentido de que o Tribunal tem jurisdição sobre todos os crimes de guerra, independentemente da escala ou do planeamento. O texto do Estatuto apenas enfatiza que se uma prática destes crimes em larga escala acontecer ou um plano para cometer estes crimes for executado, então este tribunal é competente para julgar os seus agentes. Tal como já vimos no capítulo anterior, as violações graves das Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional I estão sujeitas à jurisdição criminal universal.

¹⁰⁹ Kai Ambos – Selected issues regarding the “core crimes” in international criminal law, 2004, p. 264.



uso da força armada ou da violência armada entre actores estatais e não estatais. Mas, uma vez mais, tal como afirmou o julgamento do caso Jean-Paul Akayesu¹¹⁰, é a análise do nível de intensidade do conflito e da organização das partes que determina uma distinção entre uma situação de simples criminalidade e a existência de um conflito armado. A determinação e qualificação de um conflito armado não internacional, através do seu nível de intensidade, requer, como ficou afirmado no mesmo caso¹¹¹, a observação das condições impostas pelo artigo 3º comum e pelo PA II.

Uma outra questão que se coloca a propósito da existência de um conflito armado é que, no caso de confrontos entre forças militares dissidentes e grupos armados insurgentes, o que é que deveremos entender por “forças armadas” no sentido jurídico do termo? O caso Jean-Paul Akayesu¹¹² uma vez mais esclareceu que esta definição compete às legislações nacionais, mas que as forças armadas dissidentes devem apresentar-se devidamente comandadas, mostrar um certo grau de organização, sem que tal signifique a existência de uma hierarquia similar às forças armadas regulares. O conceito de forças armadas significa uma organização capaz, por um lado, de planear e executar operações militares coordenadas e prolongadas (operações essas que podem ser mantidas em continuidade e que são executadas de acordo com um plano) e que, por outro lado, seja capaz de impor uma disciplina em nome das autoridades de facto¹¹³ (tradução do autor). Todavia, as forças armadas dissidentes têm que ser capazes de dominar uma parte suficiente do território, manter operações militares coordenadas e prolongadas, e estar em condições de implementar o Protocolo.¹¹⁴

Importa também saber quando começa e termina um conflito. Muito têm interpretado a norma do artigo 3º, alínea b) do AP I, no sentido que afirmar que se inicia com o emprego da força armada e termina com o fim das hostilidades. Muitos reconhecem já que apenas termina com o restabelecimento da paz. Mas, uma vez mais, o caso Duško Tadić veio clarificar que o fim de um conflito armado requer mais que a simples cessação das hostilidades e exige, no caso

¹¹⁰ Jean-Paul Akayesu, Caso n.º ICTR-96-4-T, § 620, 625.

¹¹¹ Jean-Paul Akayesu, Caso n.º ICTR-96-4-T, § 603.

¹¹² Jean-Paul Akayesu, Caso n.º ICTR-96-4-T, § 625 e Alfred Musema, Caso n.º ICTR-96-13-I, § 256.

¹¹³ Alfred Musema, Caso n.º ICTR-96-13-I, § 257.

¹¹⁴ Alfred Musema, Caso n.º ICTR-96-13-I, § 258.



dos conflitos internacionais a “general conclusion of peace” e nos não internacionais a “peaceful settlement”.

A segunda, desde logo, por força do n.º 1 do artigo 5º, a norma do artigo 8º do Estatuto “restringe-se aos crimes mais graves que afectam a comunidade internacional no seu conjunto”. Tratam-se, portanto, de crimes com “suficiente” gravidade e não de crimes ordinários, mas crimes de grande censurabilidade com interesse para a comunidade internacional, que tiveram lugar no decurso de um conflito armado, tendo com este uma particular relação. Isto é, torna-se necessário distinguir os crimes do artigo 8º daqueles que, mesmo constituindo ofensas graves praticadas durante um conflito armado, não tem uma particular ligação com a existência desse mesmo conflito armado.

A segunda condição é, portanto, a prática de um acto típico grave (no sentido já explicado) e a determinação de um nexo entre a ofensa e o conflito armado, no contexto do qual foi praticada. “A existência de um conflito armado ou uma ocupação e a aplicabilidade do direito internacional e dos conflitos armados ao território não é suficiente para criar uma jurisdição internacional sobre todos os crimes mais graves que foram cometidos no território da ex-Jugoslávia. Para que um crime possa cair na jurisdição do tribunal internacional, deve ser estabelecido um nexo suficiente entre a ofensa e o conflito armado, dando este nexo origem à aplicabilidade do direito internacional humanitário”.¹¹⁵ De acordo com Machteld Boot¹¹⁶, durante os trabalhos preparatórios do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a questão nexo entre o facto típico e a existência de um conflito armado foi abordada por dois grupos de Estados de maneira diferente. Os primeiros, defendiam a necessidade do agente conhecer “pelo menos algumas circunstâncias factuais”. Este grupo de Estados concordaram que o requisito mental relativo a essas circunstâncias factuais deveria ser o de que o agente “sabia” ou “deveria ter sabido”. Tal facto resultou da aplicação do artigo 30º do Estatuto. Outros Estados, ao contrário, insistiram que não seria necessária a existência de qualquer elemento mental. Do meio-termo entre as duas posições pode afirmar-se que um acto praticado por um agente cai no âmbito do artigo 8º do Estatuto sempre que este “teve lugar no contexto de um

¹¹⁵ Duško Tadić opinion and judgment, Trial Chamber, p. 207, § 572.

¹¹⁶ Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes, p. 551.



*conflito armado e existe um nexo entre a prática do facto e esse mesmo conflito armado*¹¹⁷, sempre que se observe o seguinte:

- *Não há qualquer requisito para uma avaliação jurídica, por parte do agente, sobre a existência de um conflito armado, nem do seu carácter internacional ou não internacional;*
- *Não há qualquer requisito relativo ao conhecimento pelo agente dos factos que estabelecem o carácter do conflito como internacional ou não internacional;*
- *Existe apenas o requisito do conhecimento do agente das circunstâncias factuais que estabeleceram a existência de um conflito armado.*

Para a existência de um nexo suficiente, a ofensa deve estar directamente relacionada com o conflito armado como um todo. Será suficiente provar que o crime foi cometido no decorrer ou como parte das hostilidades numa área controlada por uma das facções. Não será, contudo necessário, provar que o conflito armado estava a ocorrer nesse preciso instante e nesse exacto lugar onde os factos aconteceram, nem provar que as ofensas tiveram lugar durante o combate. Para ilustrar melhor a determinação de nexo entre os factos e a existência de um conflito armado, mencionamos o caso “Čelebići Camp” (IT-96-21) Mucić et al. (Delalić)¹¹⁸, onde todos os factos tiveram lugar dentro do confinamento de um campo prisional da responsabilidade do governo da Bósnia-Herzegovina. O Tribunal declarou que os prisioneiros foram detidos em consequência das operações militares conduzidas em nome do governo, no cumprimento dos deveres oficiais das forças armadas bósnias. Assim, o Tribunal concluiu pela inequívoca existência de um nexo entre o conflito armado na Bósnia-Herzegovina e os factos praticados dentro desse campo prisional. No caso “Foča” (IT-96-23 and 23/1) Kunarac, Kovač & Vuković, a questão da existência de nexo entre o conflito armado e as ofensas ficou definitivamente resolvida através da seguinte passagem: “... quando os crimes sejam perpetrados como consequência das hostilidades e até à cessação dos

¹¹⁷ Na expressão original “took place in the context and was associated with”.

¹¹⁸ Delalić Judgment, Trial Chamber, § 193-198.



combates numa determinada região e ainda quando sejam praticados como contributo para essas mesmas hostilidades ou aproveitando a situação criada pelos combates (tradução do autor)¹¹⁹”.

A terceira condição é provavelmente uma das mais proeminentes para a discussão do tema que tratamos, uma vez que está directamente associada à relevância da qualificação do conflito. Há relativamente pouco tempo, Luigi Condorelli¹²⁰, sintetizou assim o problema da criminalização de certos actos desconformes com as regras do Direito Humanitário e dos Conflitos Armados, relativamente à qualificação do conflito: “... alguns anos atrás, até ao princípio dos anos 90 do século XX, era literalmente inconcebível considerar outra hipótese, senão a de que apenas existem crimes de guerra em conflitos armados de natureza internacional e nunca naqueles conflitos classificados como não-internacionais” (tradução do autor)¹²¹. As razões que estão na base desta afirmação prendiam-se com as prerrogativas soberanas dos Estados, até então entendidas como acções subversivas de agentes nacionais ou não nacionais, cometidas no seu território e para as quais a jurisdição dos Estados soberanos se considerava, em regra, absolutamente competente. O que é certo é que, após a queda do muro de Berlim em 1989, os conflitos exclusivamente internacionais tornaram-se raros, senão praticamente inexistentes. Com este fenómeno e, tendo em consideração as dificuldades do concerto das nações em prevenir e em intervir do ponto de vista militar, as Nações Unidas lançaram mão das suas capacidades de apoio das acções de natureza humanitária e da sua capacidade de forçar a aplicação das regras dos conflitos armados, como forma de prossecução dos seus objectivos de paz e segurança. Assim, as Nações Unidas estabeleceram em 1993 e 1994 os dois Tribunais ad hoc para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, bem como deram início às iniciativas diplomáticas que haveriam de culminar em 1998, com a aprovação do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional:

¹¹⁹ Trial Chamber, 22nd February 2001, §568: “The crimes are committed in the aftermath of the fighting, and until the cessation of the combat activities in a certain region, and are committed in furtherance or take advantage of the situation created by the fighting”.

¹²⁰ Em 2001, Professor da Universidade de Génova e posteriormente Professor no Instituto de Altos Estudos Internacionais de Genebra.

¹²¹ Luigi Condorelli, *War crimes and internal conflicts in the statute of the International Crime Court*, p. 108.

Artigo 3º 122 e 123
Violações das leis ou dos costumes da guerra

O Tribunal Internacional terá competência para julgar as pessoas que violarem as leis ou os costumes da guerra. Tais violações incluem, mas não se limitam a:

- a) Emprego de armas tóxicas ou outras concebidas com o objectivo de causar sofrimentos inúteis;
- b) Destruição sem motivo de cidades, vilas e povoações ou devastação não justificadas pelas exigências militares;
- c) Ataque ou bombardeamento, por qualquer meio, de cidades, vilas, habitações ou construções não defendidas;
- d) Confisco, destruição ou danificação deliberada de edifícios consagrados ao culto, à beneficência e ao ensino, às artes e às ciências, monumentos históricos, obras de arte e de carácter científico;
- e) Pillagem de bens públicos ou privados.

O artigo 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional reconhece a existência de crimes de guerra em conflitos armados não internacionais e este facto é certamente uma melhoria, reconhece Zimmermann¹²⁴, mas não assimila os crimes cometidos em conflitos armados internacionais com os cometidos em conflitos armados não internacionais, através da criação da categoria dos crimes dos conflitos armados¹²⁵. Pelo contrário, o artigo 8º mantém a tradicional “two box approach” separando crimes em conflitos internacionais e não internacionais em quatro sub parágrafos¹²⁶. Para além disso, não apresenta um catálogo de crimes aberto como fazem os estatutos dos Tribunais ad hoc ao incluírem a fórmula “such violations shall include, but not limited to (...)”, mas apresentam um tipo de crime exaustivo mas fechado.¹²⁷

¹²² Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia desde 1991.

¹²³ Adoptado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas pela Resolução n.º 827 (1993), de 25 de Maio. Alterado pelas Resoluções do Conselho de Segurança n.ºs 1166, de 13 de Maio de 1998 e 1329, de 30 de Novembro de 2000. Entrada em vigor na ordem jurídica internacional: 25 de Maio de 1993.

¹²⁴ Otto Triffterer edition – Commentary on the Rome Statute of the ICC, article 8º, mn. 238, 289.

¹²⁵ O Bundesgesetzblatt (Germany's Code of Crimes against International Law is a unique piece of legislation that allows Germany to prosecute crimes against international law anywhere in the world. [Em linha]. [Acesso em 12 Março de 2008]. (<http://www.dw-world.de/dw/article/0,1564,1414097,00.html>) aboliu a tradicional distinção e criou uma categoria de crimes dos conflitos armados. Esta aproximação ao problema é, segundo Kai Ambos – Selected issues regarding the “Core Crimes” in International Criminal Law, p. 264, compatível com o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, uma vez que, de acordo com o artigo 10º do mesmo Estatuto prescreve o seguinte: “Nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afectando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto”, isto é, os Estados parte podem incriminar certos actos cometidos durante conflitos armados não internacionais como crimes internacionais, desde que estejam de acordo com o costume internacional.

¹²⁶ Kai Ambos – Selected issues regarding the “Core Crimes” in International Criminal Law, p. 262.

¹²⁷ Condorelli – War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the ICC, 2001, p. 107 – 112.

Este é um facto positivo a favor do princípio nullum crimen sine lege certa, mas é também uma realidade desvantajosa para a dinâmica da codificação dos crimes de guerra. Tendo por base as clarificações jurisprudenciais do Tribunal Internacional para o Ruanda e a sua interpretação do caso Duško Tadić, julgado pelo Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia, pode procurar-se uma razão para o facto de, em termos gerias, a expressão “crimes de guerra” ter sido mantida e não tendo sido substituída, em momento algum, pela expressão “crimes dos conflitos armados”.

Por um lado, o conceito de “crimes de guerra” diz respeito às violações graves do jus in bello, em conflitos internacionais, a quem o direito internacional atribui consequências penais e cujas fontes são de natureza costumeira; mas diz também respeito às outras sérias violações do jus in bello, também em conflitos internacionais, criminalizáveis pela “municipal law” ou por outros instrumentos internacionais de carácter voluntarista; e ainda aos crimes dos conflitos armados “não internacionais”¹²⁸ (consideradas as excepções do artigo 1º, n.º 2 do PA II) onde se incluem as violações sérias do jus in bello, no âmbito dos conflitos não internacionais, que resultam das violações relativas ao artigo 3º comum às Convenções de Genebra, do artigo 85º do Protocolo Adicional II e ainda de outras normas no âmbito da vinculação voluntária dos Estados. Esta interpretação é aliás coerente com a versão em língua inglesa do artigo 8º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e que, como já afirmámos traduz, a nosso ver impropriamente, “grave breaches” e “serious violations” pela única expressão “violações graves”. Diz, portanto, respeito, do ponto de vista da legística, aos crimes de guerra cometidos em situações de guerra e aos crimes de guerra cometidos onde não há, de facto, guerra.

Por outro lado ainda, a expressão “violações das leis e costumes da guerra” (que encontramos no artigo 3º do Estatuto do ICTY) é uma expressão tradicional usada no passado, quando os conceitos de guerra e de leis da guerra eram dominantes, antes de terem sido substituídos por duas noções mais amplas: a noção de “conflito armado” introduzida em 1949 pelas CG e a correlativa noção de Direito Internacional dos Conflitos Armados, ou

¹²⁸ Não propriamente aplicáveis a “crimes de guerra” no sentido clássico do termo, isto é, da guerra entendida como um conflito internacional.

ainda mais recentemente a noção de Direito Internacional Humanitário que surgiu como resultado da influência das doutrinas dos direitos humanos no direito dos conflitos armados.¹²⁹

Assim, ao se optar pela manutenção da designação “crimes de guerra”, preserva-se o seu sentido original relativamente aos aspectos interpretativos e, simultaneamente, estende-se o conceito às novas dimensões, dependendo da gravidade da violação e do tipo de conflito. A expressão crimes de guerra é sempre uma designação genérica que carece de precisão, o mesmo acontecendo se a opção tivesse sido “crimes dos conflitos armados”. O que importa é, no concreto, a qualificação do conflito. Qualquer alteração desta designação iria carecer sempre de precisão no que respeita à sua aplicabilidade.

Vejamos, pois, algumas notas sobre a qualificação do conflito, tendo em consideração as tabelas seguintes:

A aplicação dos artigos 8º, n.º 2, alínea a) e 8º, n.º 2, alínea b) requer a existência de um conflito armado internacional e a aplicação dos artigos 8º, n.º 2, alínea c) e 8º, n.º 2, alínea e) quer a existência de um conflito armado não internacional. Não é fácil

War Crimes article 8º ICC (not an open formula as ICTY and ICTR)						
	Customary Law	GC 1949	UNIVERSAL JURISDICTION	Stringent Obligations	n.º 2 a)	Grave Breaches
		HR, IV 1907	CSUNAP, 1994 PA I, 1977	INTERNATIONAL NATIONAL JURISDICTION	85º PA I	H Rights
						n.º 2 b)
		Common Article 3º GC, 1949	INTERNATIONAL NATIONAL JURISDICTION	4º API		n.º 2 c)
						Serious Violations
		GC 1949	CSUNAP, 1994 PA II, 1977	INTERNATIONAL NATIONAL JURISDICTION	H Rights	n.º 2 e) Other
						Serious Violations
			INTERNATIONAL NATIONAL JURISDICTION	PROTRACED		n.º 2 f)

qualificar um conflito, uma vez que um conflito, tal como, por exemplo, o da ex-Jugoslávia, pode apresentar aspectos de conflito não internacional e de conflito internacional simultaneamente, como aliás reconheceu o tribunal no caso *Duško Tadić*.¹³⁰ Mas vejamos com

¹²⁹ *Duško Tadić (Appeal)* (Decision on the defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), Appeals Chamber, Decision of 2nd October 1995, §87. (Case IT-94-1-AR72). [Em linha] [Acesso em 17 Dezembro de 2009]. <http://www.icty.org/cases/party/787/4>.

¹³⁰ *Duško Tadić Appeals Chamber*, case no. IT-94-1-AR72, Decision of 2nd October 1995, §77. [Em linha] [Acesso em 3 Outubro de 2008]. <http://www.icty.org/cases/party/787/4>.

cuidado a problemática. Com ensina Kai Ambos¹³¹, “sendo muito claro que um conflito armado internacional tem lugar entre dois ou mais Estados e que um conflito armado não internacional tem lugar dentro do território de um único Estado e entre actos que pertencem a esse Estado, já é menos claro se e como uma intervenção/participação estrangeira nesse conflito num único território¹³² pode internacionalizar esse mesmo conflito” (tradução do autor). A resposta correcta seria que internacionalização ocorre sempre que, os actos de uma das partes nesse mesmo conflito, possam ser atribuídas a um Estado estrangeiro, isto é, os actos de uma das partes podem ser associados a órgãos de um outro Estado, ou ainda se a conduta dessa parte puder ser

International Crime Court (war crimes are not an open formula)					Incorporation		Observations
International armed conflict	8° 2.a)	Grave breaches of Geneva Conventions	Protection of people Protection of property	Belonging to enemy state	Articles 49° (I), 50° (II), 129° (III) and 146° (IV) from Geneva Conventions, 1949 Recalls Article 2° of ICTY		Universal Jurisdiction
	8° 2.b)	Other serious violations of laws and customs within framework of international law	Methods and means of warfare		IV Hague Law 1907 and PA I 1977, CSUNAP, 1994 Recalls article 3° of ICTY	Grave Breaches of article 85° PA I, 1977 - Methods and means of warfare	Influenced by C Rights of the Child 8° 2.b) (xxvi)
Non International armed conflict	8° 2.c)	Serious violations of article 3 common to Geneva Conventions	Protection of people		Common article 3° Recalls article 4° of ICTR & ICTY Jurisprudence interpreting its article 3°	8° 2.d) – c) does not apply to internal disturbances and tensions such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of similar violence.	
	8° 2.e)	Other serious violations of laws and customs within framework of international law	Methods and means of warfare		Geneva Conventions 1949, PA I, PA II 1977 & CSUNAP, 1994	8° 2.f) – e) applies only if armed conflict is protracted First Time: 2.e) (iii), 2.e) (vi) & 2.e) (vii)	Influenced by C Rights of the Child 8° 2.e) (vii)

imputada a outro Estado através de outros critérios. Esses critérios são, contudo, muito controvertidos, podendo ser assinalados do seguinte modo:

No caso *Duško Tadić* (1999) a instância de apelo concluiu ser o teste do “overall control”¹³³ por um Estado sobre uma das parte em conflito, suficiente para qualificar o conflito como internacional. Esta conclusão difere do caso *Nicarágua*¹³⁴ (1986) onde foi aplicado o princípio do controlo efectivo. Deter um controlo efectivo sobre uma das partes em

¹³¹ Kai Ambos – Selected issues regarding the “Core Crimes” in International Criminal Law, p. 266.

¹³² Em 1993, Leslie Green afirmava em *The Contemporary Law Of Armed Conflict*, publicado pela Manchester University Press, p. 303 que “um conflito não internacionalé aquele no qual as autoridades governamentais de um Estado, opõem-se a grupos que no interior do seu território, tentam derrubar o seu poder pela força das armas”.

¹³³ *Duško Tadić Appeals Chamber*, case no. IT-94-1-AR72, Decision of 2nd October 1995, §145, 156. [Em linha] [Acesso em 20 Dezembro de 2009]. <http://www.icty.org/cases/party/787/4>.

¹³⁴ International Court of Justice, Reports of Judgments – Advisory Opinions and Orders, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits Judgment of 27 June 1986 “... For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.” p. 65 [Em linha] [Acesso em 20 Dezembro de 2009]. <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>.

conflito significava para o Tribunal Internacional de Justiça, em 1986, que um Estado estrangeiro exercia um controlo efectivo sobre um determinado grupo militar ou paramilitar, sempre que lhes transmitia instruções específicas para efectuar determinadas operações. Este critério, embora tenha sido seguido em primeira instância no caso *Duško Tadić*, foi rejeitado em recurso neste caso e em julgamento no caso *Čelebici*, tendo sido desenvolvido o critério do controlo genérico, mais apropriado aos casos em julgamento, isto é, casos relativos à responsabilidade individual e não à responsabilidade dos Estados. Assim, foi feita a distinção entre pessoas e grupos objecto do eventual controlo por parte de um Estado estrangeiro. No caso dos grupos militares ou paramilitares, o Estado estrangeiro não precisa apenas de os equipar e financiar, mas também coordenar e assistir no planeamento geral da sua actividade, isto é, é necessário um controlo genérico. Entendeu o Tribunal que não é necessária a existência de instruções específicas dirigidas à chefia ou a outros elementos desse grupo armado. No caso dos indivíduos ou de grupos não organizados militarmente, o Estado estrangeiro deve instruir especificamente os agentes, tendo por objectivo a realização de certos actos ou publicamente apoiar a realização dos mesmos.¹³⁵

Finalmente, uma brevíssima referência às duas categorias de conflitos não internacionais, trazidas *ex novo*, pelo Tribunal Penal Internacional: os conflitos “protracted”/prolongados do artigo 8º, n.º 2, alínea f) e os outros ditos “normais”. Ensina *Kai Ambos* que a verdadeira diferença entre eles é uma diferença temporal que, porém, não se encontra definida¹³⁶, mas que é relevante para a aplicação do artigo 8º do Estatuto.

¹³⁵ *Duško Tadić, Jugement Chamber, case no. IT-94-1, §131, 137.*

¹³⁶ *Kai Ambos – Selected issues regarding the “Core Crimes” in International Criminal Law, p. 268.*

3.6. Organização dos elementos objectivos do tipo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (*actus reus*) na perspectiva da responsabilidade de comando

“O General Iftikhar ad-Dawla (comandante da guarnição egípcia no ano de 1099) ... nos últimos dias, mandou inclusivamente envenenar fontes e poços das redondezas para impedir o inimigo de os utilizar”.

*Amin Maalouf*¹³⁷

A jurisprudência dos Tribunais internacionais ad hoc para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda usa os termos “actus reus” e “mens rea” para descrever os elementos objectivos e subjectivos dos crimes sob a sua jurisdição. Estes mesmos termos de origem anglo-americana foram também utilizados, pelos mesmos tribunais, para analisar a responsabilidade individual, a responsabilidade pela participação e ainda a responsabilidade de comando. Como explica E. van Sliedregt¹³⁸ apesar de não ser uma descrição perfeita dos elementos de um crime é aquela que é mais usada na prática diária dos penalistas anglo-americanos. Outros sistemas, como, por exemplo, o alemão e o holandês organizam os elementos de um crime não em dois mas em três grupos. Isto é, um acto é punível apenas se satisfaz a definição do crime, se esse acto é ilícito e, finalmente, se há culpabilidade do agente. Outros ainda, como o português, preferem uma teoria da infracção do facto punível estruturada em cinco elementos: acção, típica, ilícita, culposa e punível.¹³⁹

No caso do nosso estudo, optaremos momentaneamente por nos manter no sistema anglo-americano, uma vez que este constitui a referência da prática internacional que temos vindo a utilizar, embora conscientes das dificuldades no estudo das defesas e da distinção entre causas de justificação (relativas ao acto em si) e causas de desculpa (relativas ao agente), assuntos que serão apenas objecto de uma referência no nosso estudo.

¹³⁷ Defesa de Jerusalém sitiada contra as cruzadas francesas, Amin Maalouf - *As Cruzadas Vistas pelos Árabes*, Difel, Visen, 2006, p. 8.

¹³⁸ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, p. 42.

¹³⁹ Tereza Pizarro Beleza - *Direito Penal*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1982. Vol. 2.



Vejamos, então, algumas questões colocadas pela análise do elemento objectivo. *Actus reus* é uma expressão latina que literalmente significa má acção ou “guilty act”. O *actus reus* é o acto ou acção proibida que, combinada com um determinado estado mental, constitui um crime em direito internacional¹⁴⁰. Para melhor compreender o conceito de *actus reus* é necessário conjugá-lo com o “voluntary act principle”¹⁴¹, isto é, não há *actus reus* e portanto não há responsabilidade criminal, se o acto praticado não teve origem na vontade livre do agente. Um acto voluntário pode ser definido como o movimento corpóreo causado pelo esforço ou determinação de um agente, quer este seja consciente ou habitual (voluntário ou involuntário) (Model Penal Code § 1.13.(2) e § 2.01(2)(d))¹⁴².

Actus reus são, portanto, actos humanos voluntários de comissão ou omissão, relevantes para o direito internacional criminal. Em geral, ensina E. van Sliedregt¹⁴³ que o *actus reus* ou o lado positivo externo e objectivo de uma ofensa é composto por três elementos: a conduta, as suas consequências e as circunstâncias em que a conduta tem lugar.¹⁴⁴ No mesmo sentido

¹⁴⁰ The act or omissions that comprise the physical elements of a crime as required by statute [Em linha] [Acesso em 20 de Dezembro de 2009]. (http://topics.law.cornell.edu/wex/actus_reus).

¹⁴¹ Para melhor compreender o princípio da voluntariedade, urge subdividi-lo em quadro sub-princípios: actos voluntários e acontecimentos não são estados e como tal envolvem uma modificação no mundo físico (acção positiva ou negativa). O disparar da minha arma ontem foi um acontecimento que ocorreu num intervalo de tempo relativamente breve e que envolveu uma mudança no mundo físico. Eu posso ser uma pessoa que gosta de disparar armas, estado esse que perdura no tempo, mas que não que envolve alterações no mundo físico; actos voluntários são acções físicas (humanas) que envolvem o controlo do agente ou do seu corpo. Um acto voluntário é um acontecimento físico, pelo menos em parte, de um agente em resposta à sua intenção ou vontade em o mover. A motivação inerente a este segundo aspecto do acto voluntário é a de que o direito criminal dirige-se aos aspectos de protecção de bens que podem ser “danificados” pelas acções físicas de um agente, com relevância e dignidade criminal; apenas actos os constituídos pela vontade do agente são acções voluntárias. Muitas vezes o corpo de um agente “age” tal como um objecto inanimado, isto é sem direcção ou controlo. Se o corpo de um agente for atirado pela janela, não se poderá afirmar que se tratou de acto voluntário do agente para danificar a janela. Neste caso o corpo do agente comportou-se como uma simples pedra atirada com a vontade de danificar um objecto. Neste conceito de acções sem vontade do agente, incluem-se todas as situações similares aos actos de sonambulismo, epilepsia, reacção ao choque, hipnose, etc. Os resultados das acções voluntárias não são parte dessa mesma acção nem constituem, eles próprios, outras acções voluntárias. Isto é, se considerarmos um agente que dispara uma arma e comete um homicídio através do disparo de uma arma de fogo, o acto voluntário é o movimento do dedo do agente que provocou a rotação do gatilho da arma que através do qual disparou. O que aconteceu após o disparo, não está incluído na vontade da produção daquele acto, mas é obra da natureza. Isto é o dano não é um outro acto voluntário do agente. [Em linha] [Acesso em 20 de Dezembro de 2009]. <http://law.jrank.org/pages/462/Actus-Reus-voluntary-act-principle.html>.

¹⁴² The Model Penal Code (MPC) foi desenvolvido pelo American Law Institute (ALI) em 1962 e a sua última versão data de 1981. A finalidade do MPC foi a de estimular e apoiar as diferentes legislaturas num esforço de uniformização da lei penal americana.

¹⁴³ The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law, p. 53 e 56.

¹⁴⁴ Entre nós esta organização é diferente, sendo a análise feita, como ensina Taipa de Carvalho (Direito Penal Parte Geral Vol. II – Teoria Geral do Crime), distinguindo a acção e a tipicidade, dividindo esta última em elementos objectivos (ou dotados de materialidade): o agente, a conduta, o objecto, o meio e o bem jurídico; e em elementos subjectivos que nos crimes dolosos inclui o dolo como elemento subjectivo comum a todo e qualquer tipo de ilícito. Por sua vez, o dolo encontra-se decomposto em elementos intelectuais (representação do tipo) e elementos volitivos (vontade em o realizar). Por último importa realçar que este dolo da factualidade típica não se pode confundir com o dolo ético (ou culpa) que se destina a concretizar a atitude do agente perante um determinado bem jurídico. Nesta perspectiva enquadram-se as causas de justificação como um juízo sobre o facto para excluir a



determina o artigo 30º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Para além desta análise positiva, pode também e em particular, este mesmo *actus reus* ser analisado de uma forma mais detalhada, através do estudo do elemento material negativo: a ausência de justificações ou outras exclusões da responsabilidade criminal. Esta segunda dimensão interpretativa tem origem na doutrina alemã¹⁴⁵, plasmada também nas soluções do MPC no seu §1.13 (10)¹⁴⁶, embora uma vez mais não seja aceite por todos os Estados. Estudaremos este último aspecto, um pouco mais tarde, no Capítulo 4.

De momento, para efeitos do nosso estudo, agruparemos as ofensas em crimes que penalizam a conduta e em crimes que penalizam as consequências ou crimes de resultado, tendo em consideração que a conduta, em termos teóricos, se realiza por acção e por omissão. A única norma que, explicitamente, se dirige à responsabilidade criminal por omissão nos tribunais internacionais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, é, precisamente, a questão da responsabilidade do superior, nos termos dos artigos 6º, n.º 3 e 7º, n.º 3 dos Estatutos do ICTR e do ICTY, respectivamente. Ainda no campo da responsabilidade criminal por omissão, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional refere-a no artigo 28º, penalizando o superior pela falha em prevenir ou punir crimes cometidos pelos seus subordinados e ainda no artigo 8º, n.º 2, alínea b (xxv) que define como crime de guerra, uma omissão intencional, no sentido provocar a inanição da população civil, como método de guerra. Voltaremos, por certo, a este assunto no Capítulo 4, a propósito da acção e da omissão, e no Capítulo 5, a propósito de cada um dos deveres do superior, da linha limite de punibilidade e do conceito de crime de segunda oportunidade.

A jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* reconheceu a prática de ilícitos criminais por acção e por omissão, designadamente no caso Tihomir Blaškić (ICTY)¹⁴⁷ e no caso Kambanda (ICTR)¹⁴⁸. Nos trabalhos preparatórios do Estatuto do Tribunal Penal Internacional foi feita

ilícitude no sentido da protecção de certos bens jurídicos e as causas de desculpa que, verificada a ilícitude do facto formula um juízo sobre a atitude do agente, afastando a sua culpa ética.

¹⁴⁵ Negative Tatbestandselemente.

¹⁴⁶ (10) "material element of an offense" means an element that does not relate exclusively to the statute of limitations, jurisdiction, venue or to any other matter similarly unconnected with (i) the harm or evil, incident to conduct, sought to be prevented by the law defining the offense, or (ii) the existence of a justification or excuse for such conduct."

¹⁴⁷ Tihomir Blaškić, julgamento, 1997 §154 e 186.

¹⁴⁸ Kambanda julgamento, 1998, § 40.



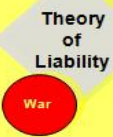
uma tentativa para a elaboração de uma definição de omissão, como parte do normativo geral do elemento material dos crimes previstos no Estatuto¹⁴⁹. Todavia, esse esforço falhou e ficou definido que apenas o artigo 28º contém a possibilidade de responsabilizar um agente pelas suas omissões. As razões aduzidas relacionam-se em grande parte com a interpretação do artigo 22º que proíbe expressamente as interpretações analógicas. Assim, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional parece ter ficado reduzido, com a excepção do artigo 28º, à possibilidade de responsabilização de actos físicos e positivos. A explicação fornecida por Otto Triffterer¹⁵⁰ é muito clara: “Os elementos materiais de um crime referem-se aos elementos específicos da definição dos crimes tal como identificados nos artigos 5º a 8º. Mencionam a conduta ou acção descrita na definição, as consequências que possam ser especificadas para além da conduta e circunstâncias factuais que qualifiquem a definição” (tradução do autor e negrito adicionado). Otto Triffterer fornece ainda o seguinte exemplo, que procuramos ilustrar com a tabela seguinte:

<i>Crime: Artigo 8º, n.º 2, alínea b) (x) - Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efectuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou façam perigar seriamente a sua saúde.</i>	
<i>Conduta:</i>	<i>Submeter pessoas... a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas</i>
<i>Circunstâncias:</i>	<i>... sob o domínio de uma parte beligerante</i>
<i>Consequências:</i>	<i>... e que causem a morte ou façam perigar seriamente a sua saúde.</i>

Tendo em atenção o artigo 30º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, vejamos o mesmo raciocínio, aplicado a uma primeira decomposição e identificação dos elementos objectivos do artigo 28º, tendo em consideração de que se trata não de um crime de conduta/acção, mas de uma omissão. Vejamos assim, o quadro seguinte:

¹⁴⁹ UN Doc. A/CONF.183/2/add.1 (14 de Abril de 1998).

¹⁵⁰ Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, p. 529.



Theory of Liability
War

Actus Reus – Elementos objectivos



N.º 15 – 18 de Janeiro de 2002

DIÁRIO DA REPÚBLICA — I SÉRIE-A

404 405

Conducta Omissão

Circunstâncias

Consequências

a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando:

- i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e
- ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal;

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controlo efectivos, pelo facto de não ter exercido um controlo apropriado sobre esses subordinados, quando:

- i) O superior hierárquico teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;
- ii) Esses crimes estavam relacionados com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos; e
- iii) O superior hierárquico não adoptou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

O estudo do elemento material ou *actus reus* tem como ponto de partida o artigo 30º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, uma vez que este determina também o âmbito da problemática do erro. Voltaremos, portanto, a este assunto, depois de estudados os elementos subjectivos e no âmbito das defesas admissíveis e, ainda uma outra vez, já na parte final no estudo em concreto do artigo 28º.

3.7. Organização dos elementos subjectivos do tipo no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (*mens rea*) na perspectiva da responsabilidade de comando

*“Actus non facit reum, nisi mens sit rea”*¹⁵¹

O estudo dos elementos subjectivos do tipo no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional levanta, em nosso entender, vários tipos de problemas que, sendo distintos entre eles, apresentam aspectos de inegável complementaridade. O primeiro é a própria compreensão do conceito e da sua importância no âmbito da responsabilização internacional penal individual. O segundo coloca-se numa perspectiva de identificação dos diferentes graus do elemento subjectivo, na eventual busca de uma unidade entre os sistemas da common law e da civil law. Neste particular problema acrescem, como explica Jenny S. Martinez,¹⁵² dificuldades de tradução a nível do seu sentido literal¹⁵³ e também relativamente aos conceitos envolvidos. A terceira dificuldade é a interpretação da jurisprudência dos Tribunais penais *ad hoc*, na perspectiva das soluções incluídas no Estatuto de Roma. Finalmente, o quarto desafio direcciona-se ao estudo do artigo 30º do Estatuto, no sentido em que este estabelece, como veremos, um regime específico na determinação da componente subjectiva da responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores hierárquicos, nos termos do artigo 28º. Vejamos pois, em particular, cada um destes aspectos.

¹⁵¹ Expressão latina que normalmente é usada para referir o elemento moral ou psicológico e que literalmente significa mente culpada. Neste caso foi retirada de Elies van Sliedregt - *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, p. 42 citando Smith & Hogan (1996) – “um acto por si só não torna um indivíduo culpado de um crime, excepto se a sua mente também for culpada (tradução do autor). A sua origem está ligada ao caso Lord Goddard (*Common Law*) em que o tribunal afirmou o seguinte: “the court should not find a man guilty of an offence against the criminal law unless he has a guilty mind” – retirada de William A. Schabas – *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. HeinOnline 37 New Eng.L. p.1015, 2002-2003. O desenvolvimento do conceito data do século XVII, tendo nascido no Reino Unido como o estado mental que acompanha o agente na execução de um facto censurável.

¹⁵² *Understanding Mens Rea in Command Responsibility*, *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, p. 640.

¹⁵³ Por exemplo, dificuldades nas traduções de inglês para francês no caso Blaškić (IT-95-14-T) (Trial Chamber) de 3 de Março de 2000, encontramos a tradução do original “dol éventuel” como “recklessness” (§474) e como “negligence” (§562).



3.7.1. Conceito e importância

“Intention is not capable of positive proof, and, accordingly it is inferred from overt acts”.

*Judge Advocate addressing a Canadian Military Court in Johann Neitz*¹⁵⁴

Ensina Maria Paula Faria, a propósito do artigo 30º do Estatuto, que este “significa a recusa clara de uma concepção de ilícito puramente objectiva, fundada na mera produção de um resultado, e de um entendimento de culpa como mera ligação psicológica do agente ao facto”¹⁵⁵. Por outras palavras, o Estatuto preconiza que um agente só pode ser considerado culpado da prática de um crime se a sua conduta tiver correspondido aos elementos materiais desse crime (*actus reus*) e se, esse mesmo agente, no momento da prática do facto, estiver equipado com um determinado estado mental, que designaremos por *mens rea*. Não encontramos no direito internacional uma tradição consuetudinária que permita definir uma doutrina relativa à determinação da responsabilidade individual, através dos seus elementos, em especial do *mens rea*. Assim, acrescenta E. van Sliedregt¹⁵⁶, a propósito destes elementos mentais, que “na prática jurisprudencial dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, os magistrados recorreram ao acervo e doutrina nacional para basear as suas decisões e interpretar algumas noções e conceitos (tradução do autor)”, uma vez que, como menciona António Cassese¹⁵⁷, o artigo 30º do Estatuto é a única norma de direito internacional que estabelece uma definição para o elemento subjectivo de um crime internacional. Acrescenta Maria Paula Faria¹⁵⁸ que “ficou completamente arredada (...) a possibilidade de se vir falar de qualquer forma de responsabilidade objectiva ou sem culpa nesta sede, o que até poderia não ser completamente descabido tendo em conta a gravidade dos resultados produzidos, mas que violaria princípios fundamentais de liberdade e de responsabilidade pessoal e de dignidade humana (...)”. O que é facto é que, apesar da posição dominante rejeitar uma responsabilidade

¹⁵⁴ Antonio Cassese - *Black Letter Lawyering v. Constructive Interpretation*, *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 2: p. 265-274. [Em linha] [Acesso em 20 de Dezembro de 2009]. <http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/reprint/2/1/265>.

¹⁵⁵ Os elementos psicológicos dos crimes previstos no Tratado de Roma. *Revista Direito e Justiça – Volume especial 2006*. Universidade Católica Editora unipessoal, Lda. Lisboa, p. 133.

¹⁵⁶ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, p. 41.

¹⁵⁷ *International Crime Law*, 2003, p.176.

¹⁵⁸ Os Elementos Psicológicos dos Crimes previstos no Tratado de Roma. *Revista Direito e Justiça – Volume especial 2006*. Universidade Católica Editora unipessoal, Lda. Lisboa, p. 134.



individual objectiva (ou estrita), tal como nos sistemas normativos nacionais, não é fácil identificar as várias formas ou categorias do mens rea em direito internacional penal por duas ordens de razões: em primeiro lugar porque os elementos subjectivos dos crimes não aparecem especificados (com excepção do artigo 30º do Estatuto) e, em segundo lugar, porque, segundo Antonio Cassese¹⁵⁹, não há uma base consuetudinária aplicável à definição das várias categorias do mens rea.

Para juntar a este intrincado de desafios, para os sistemas da common law uma conduta é criminalmente punível se preencher os requisitos do actus reus e do mens rea. Todavia, como já referimos, há sistemas legais, tais como o alemão e o holandês, que organizam os elementos de um crime não em dois mas em três grupos. Isto é, um acto é punível apenas se satisfaz a definição do crime (facto típico), se esse acto é ilícito e, finalmente se há culpabilidade do agente.¹⁶⁰ Urge, portanto, dar uma resposta, ou, pelo menos, estabelecer algumas pistas sobre as questões levantadas, uma vez que estas irão constituir a base na análise da responsabilidade de comando nos termos do artigo 28º do Estatuto.

3.7.2. Graus ou categorias do elemento subjectivo

“It follows from the tribunals (ad hoc) jurisprudence that mens rea for war crimes (...) includes recklessness as well as intent”.

*E. Sliedregt*¹⁶¹

O segundo problema leva-nos a procurar estabelecer uma unidade conceptual comparativa entre os sistemas da common law e da civil law, ou pelo menos, um mínimo comum aos dois sistemas. A regra geral, como já vimos, é que, na ausência de outras indicações, a lei internacional requer que o agente que fisicamente cometeu um crime o tenha

¹⁵⁹ *International Criminal Law*, 2003, p.159.

¹⁶⁰ Outros ainda, como o português, preferem uma teoria da infracção do facto punível estruturada em cinco elementos: acção, típica, ilícita, culposa e punível.

¹⁶¹ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, p. 49.



feito de modo intencional.¹⁶² É actualmente aceite em direito internacional que existem diferentes formas de dolo, bem como de negligência¹⁶³, embora a categorização de cada uma destas formas de dolo e negligência não seja propriamente pacífica. Começamos pelo sistema da «common law», mantendo uma especial vigilância nas soluções do *Model Penal Code*¹⁶⁴, tendo em consideração que os quadros seguintes são compostos por citações dos principais autores e que, estas se mantiveram na língua original, precisamente para que a tradução não adulterasse o seu sentido:

<i>Anglo-American Law - Mens Rea</i>
<i>Purpose (US)¹⁶⁵ or General Intent (UK)</i>
<i>The agent foresees the consequences specified in the definition of a crime as virtually certain. Is meant the will to bring about a certain result (Antonio Cassese, p. 162). Moloney case – It differs from desire and motive (Elies Sliedregt p. 44). Requires acting with conscious object of causing a result or engaging in conduct of a given nature, or awareness of attendant circumstances (Martinez p. 643). Nedrick case - required inference of intent when the defendant foresaw the consequence as virtually certain (Elies Sliedregt p. 44). Premeditation occurs when the intent is formed before the conduct (...) and persists from the moment of its formation until the perpetration of the crime (...) it may amount to an aggravating circumstance (Cassese, 163). Purpose requires acting with the “conscious object” of causing a result or engaging in a conduct of a given nature, or awareness of attendant circumstances (Jenny Martinez p. 643)</i>

¹⁶² William A. Schabas – *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. *HeinOnline* 37 *New Eng.L.* p. 1015, 2002-2003.

¹⁶³ Eduardo Correia Batista – *O Crime de Genocídio*. *Revista Direito e Justiça – Volume Especial 2006*. Universidade Católica Editora unipessoal, Lda. Lisboa. p. 41.

¹⁶⁴ O *Model Penal Code* (MPC) é um texto desenvolvido pelo *American Law Institute* (ALI) em 1962. A sua última actualização data de 1981. O seu objectivo principal é estimular e assistir as legislaturas dos Estados americanos num esforço de uniformização do direito penal Norte-americano. [Em Linha] [Acesso em 29 de Maio de 2009]. http://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC_Provisions/model_penal_code_default_rules.htm.

¹⁶⁵ *Model Penal Code*, 2.02 *General Requirements of Culpability*. (2) *Kinds of Culpability Defined*. (a) *Purposefully*. A person acts purposefully with respect to a material element of an offense when: (i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and (ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist.

Anglo-American Law - Mens rea

Knowledge¹⁶⁶

Knowledge is not familiar to civil-law countries, where it is being regarded as an autonomous category of mens rea, being absorbed either by intent or by recklessness... In short... knowledge denotes two different forms of mental attitude, depending on the contents of the substantive criminal rule at stake... apart of the intent or recklessness (Antonio Cassese, p. 61/62). Knowledge requires awareness that it is "practically certain" that conduct will cause such result, that the conduct is of the prohibited nature or that attendant circumstances exist (Jenny Martinez p. 643). Knowledge requires awareness that it is practically certain that conduct will cause such result, that conduct is of the prohibited nature or that attendant circumstances exist (Martinez p.643). Knowledge has the same intensity as intention, though knowledge relates to the circumstances forming part of the crime, and intention to the consequences specified in the definition of the crime... it includes "willful blindness"... the defendant shut his eyes to the obvious or refrained from inquiry because he suspected the truth but did not want to have his suspicion confirmed (Elies Slidregt p. 44) In short (...) knowledge denotes two different forms of mental attitude, depending on the contents of the substantive penal rule at stake: If the substantive penal rule prescribes the existence of a particular fact or circumstance for the crime to materialize, knowledge means awareness of the existence of this fact or circumstance; if instead the substantive penal rule focused on the result of one's conduct, then knowledge means awareness that one's action is most likely to bring about that harmful result, and nevertheless bearing the high risk of causing that result (Antonio Cassese p. 164). To sum up, in most cases knowledge should not be considered as an autonomous criminal state of mind, but only as a means of entertaining criminal intent or recklessness. Nonetheless, in other instances knowledge cannot be reduced to either of those categories, and it remains indispensable as a subjective element on its own. For example, with the mens rea required for crimes against humanity, the accused must know of the widespread or systematic attack against civilian population (Antonio Cassese p. 167).

Anglo-American Law - Mens Rea

Specific Intent or Dolus Specialis

International rules may require a special intent for a particular class of crimes... requires that the agent pursue a specific goal beyond the result of his conduct (Cassese p. 167).

¹⁶⁶ Model Penal Code, 2.02 General Requirements of Culpability. (2) Kinds of Culpability Defined. (b) Knowingly. A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when: (i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and (ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

<i>Anglo-American Law - Mens Rea</i>
<i>Recklessness¹⁶⁷ or Dolus eventualis¹⁶⁸</i>
Conscious risk-taking. Recklessness involves the conscious disregard of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from the conduct where the disregard of risk involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation (Martinez p.643/644). Recklessness is regarded as a <u>less culpable mental state</u> than intention. Instead of intentional purposeful behavior it denotes risk-taking, which is also a feature of negligence... however, constitutes conscious risk-taking, whereas negligent risk-taking denotes unawareness of the risk (Slidregt p. 45). Is a state of mind where the person foresees that his action is likely to produce its prohibited consequences and nevertheless takes the risk of acting. In this case the degree of culpability is less than intent... he does not necessarily desire the result (Cassese p. 168). Recklessness involves the conscious disregard of "a substantial and unjustifiable risk" that the material element exists or will result from the conduct where the disregard of risk involves a gross deviation from the standard of conduct that law-abiding person would observe in the actor's situation (Jenny S. Martinez, p. 643/4). Recklessness and dolus eventualis are erroneously treated as equivalent (Jenny S. Martinez, p. 640). Likewise, while both Britain and United States employ the concept of recklessness, the US Model Penal Code focuses on <u>consciousness of the risk</u> as the defining characteristic distinguishing recklessness from negligence, while British law (and some jurisdictions in the United States) apparently emphasizes the <u>degree of risk</u> (Jenny S. Martinez, p. 644).
Advertent recklessness as consciously disregarding a risk... requires that the accused has foreseen that the particular kind of harm might be done and yet has gone on to take the risk of it (Slidregt p. 45).
Inadvertent recklessness – the accused was aware of the possibility of a risk (Slidregt p. 45). Inadvertent recklessness is the equivalent of conscious negligence (Slidregt p. 47).

¹⁶⁷ Model Penal Code, 2.02 General Requirements of Culpability. (2) Kinds of Culpability Defined. (c) Recklessly. A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.

¹⁶⁸ Jenny Martinez em Understanding mens rea in Command Responsibility (p. 640 e 644) discorda desta equivalência, alinhando o seu ponto de vista com George Fletcher e Jens Ohlin no sentido em que recklessness centra-se no risco que o agente está disposto a correr, enquanto o dolo eventual centra-se na atitude do agente, independentemente do risco. Antonio Cassese faz a mesma equivalência em International Criminal Law, ed. 2008, p. 58 e 66. Esta equivalência foi também feita pelo ICTY caso Blaškić (IT-95-14A) Appeal Chamber, 29 July 2004, §38. In the common law jurisdictions examined above, the mens rea of recklessness incorporates the awareness of a risk that the result or consequence will occur or will probably occur, and the risk must be unjustifiable or unreasonable. The mere possibility of a risk that a crime or crimes will occur as a result of the actor's conduct generally does not suffice to ground criminal responsibility. §39. In civil law systems, the concept of dolus eventualis may constitute the requisite mens rea for crimes. In French law, for example, this has been characterized as the taking of a risk and the acceptance of the eventuality that harm may result. Although the harm in question was not desired by the actor, it was caused by his dangerous behaviour, which was carried out deliberately and with the knowledge that harm may occur. In Italian law, the principle is expressed as follows: the occurrence of the fact constituting a crime, even though it is not desired by the perpetrator, is foreseen and accepted as a possible consequence of his own conduct. The German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof, BGH) has found that acting with dolus eventualis requires that the perpetrator perceive the occurrence of the criminal result as possible and not completely remote, and that he endorse it or at least come to terms with it for the sake of the desired goal. It has further stated that in the case of extremely dangerous, violent acts, it is obvious that the perpetrator takes into account the possibility of the victim's death and, since he continues to carry out the act, accepts such a result. The volitional element denotes the borderline between dolus eventualis and advertent or conscious negligence.

Anglo-American Law
Negligence ¹⁶⁹
Negligence is the failure to behave like a prudent person and requires an objective test of reasonableness. As it is not regarded as a mental state to which the mens rea doctrine applies (...) (Shiedregt p. 45). Failure to pay sufficient attention or to comply with certain generally accepted standard of conduct thereby causing harm to another person when the actor believes that the harmful consequences of his action will not come about, thanks to the measures he has taken or is about to take (Antonio Cassese p. 58). Generally speaking negligence entails that the person acts in disregard of certain elementary standards with which any reasonable man should comply (Cassese p. 171) or take certain specific precautions (Antonio Cassese p. 172). The person should be aware of a substantial and unjustifiable risk that a material element exists or will result from the conduct and the risk is of such a nature and degree that actor's failure to perceive it... involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation (Martinez p. 644). Recklessness, however, constitutes conscious risk-taking, whereas negligent risk-taking denotes unawareness of the risk (Shiedregt p. 45). Recklessness vs Negligence: US consciousness of the risk, but in UK is degree of risk (Martinez p. 644) A person acts negligently when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that a material element exist or will result from the conduct and the risk is of such nature and degree that the actor's failure to perceive it... involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in actor's situation (Jenny S. Martinez, p. 644). Other common law jurisdictions distinguish between ordinary, gross and criminal negligence often with subtle differences (Jenny S. Martinez, p. 644). This class is normally referred to as advertent or culpable negligence (Antonio Cassese p. 59). Inadvertent negligence is the class that the failure to respect generally accepted standards of conduct without, however, being aware of or anticipating the risk... (Antonio Cassese p. 59).
Simple/ordinary Negligence – entails that the person acts in disregard of certain elementary standards with which any reasonable man should comply <u>and</u> he does not advert at all the risk of harm to another person involved in this conduct (Cassese p. 171).
Gross or culpable negligence (culpa gravis) – entails that the person acts in disregard of certain elementary standards with which any reasonable man should comply <u>and</u> is aware of that risk of harm, but is sure that will not occur... for he believes that the risk will not materialize owing the steps he has taken or will take (Cassese p. 171/2).
Given the intrinsic nature of international crimes (...) negligence operates as a standard of liability only when it reaches the threshold of gross or culpable negligence (culpa gravis). This occurs when the person: (i) is expected or required to abide by certain standards of conduct or take certain specific precautions and in addition (ii) is aware of the risk of harm and nevertheless takes it, for he believes that the risk will not materialize owing to the steps he has taken or will take. (in contrast, in the case of recklessness the agent deliberately runs the risk regardless of any step he may have taken to forestall the ensuring harm (...)) (Cassese, p. 172).

¹⁶⁹ Model Penal Code, 2.02 General Requirements of Culpability. (2) Kinds of Culpability Defined. (d) Negligently. A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation.



As jurisdições pertencentes ao designado sistema da civil law usam termos muito diferentes, que na verdade não correspondem precisamente aos conceitos estudados no sistema da common law. Ao contrário dos quatro estados mentais do sistema da common law em que pelos menos um é exigido relativamente aos seus elementos materiais, o sistema da civil law, especialmente na Europa continental, pode ser agrupado relativamente aos elementos mentais em dolo e culpa, que correspondem grosso modo à intenção e à negligência, respectivamente. Dolo e culpa encontram-se divididos conforme procuraremos evidenciar:

<i>Civil Law - Mental Element</i>
<i>Dol, Vorsatz, Dolus, Dolus directus in first degree, Full intent, Dolus generalis, Dol general, Dolo directo ou do 1º grau</i>
The standard German definition of intention is “knowing” (Wissen) and “wanting” (Wollen) the realization of the definition of the offense (<i>Sliedregt p. 45</i>). Dutch law defines intention by the similar wording: willens and wetens (<i>Sliedregt p. 46</i>). French concept of “dol” also involves knowledge and willingness (<i>Sliedregt p. 46</i>). Dol général. – Manifeste un dol général, c’est-à-dire une intention, l’auteur qui a voulu non seulement l’acte causal du dommage mais également le résultat dommageable lui-même (121-3, alinéa 1^{er} Code Pénal Français). Intention namely the will to bring about a certain result. I use a gun to shoot at a person because I want to kill him (<i>Cassese p. 161</i>). Is meant the will to bring about a certain result (<i>Cassese p. 162</i>). O facto típico é o objecto imediato da acção do agente (<i>T. Carvalho p. 133</i>). O agente quer a destruição da propriedade protegida e dos não-combatentes abrigados no seu interior. Compreende uma intenção consciente de praticar um facto típico; isto é, um facto previsto como crime por uma norma penal... o objectivo do autor é alcançar um resultado proibido...ou pelo menos, realizar uma acção tipificada em si, independentemente de um resultado (<i>EC Batista p. 41</i>). ▲ Volitional + ▲ Cognitive = full intent or 1st degree

Civil Law - Mental Element

Dolus directus 2nd degree, Dolo necessário ou do 2º grau, Dolus indirectus

The second grade of intention leaves the volitional element aside and centers around the cognitive aspect... A person who aims at destroying a building, knowing for sure that the "collateral damage" which he does not wish and which is not aiming will occur and accepting it as inevitable part of the attack, does not intent this damage (Sliedregt p. 46). French criminal law does not recognize this type of dolus directus... French distinguish between general intention to act unlawfully (dol général) and the specific intent required for certain offences (dol spécial) (Sliedregt p. 46). A realização do facto típico não é o objectivo imediato da conduta, mas o agente sabe que tal é uma consequência certa (would occur) (Sliedregt p. 46), ou quase certa da sua conduta (T. Carvalho p. 134). O agente quer a destruição da propriedade protegida, mesmo sabendo que uma consequência quase certa é a morte dos não combatentes abrigados no seu interior. Compreende os actos adoptados sem intenção de praticar um facto típico, mas com a convicção e aceitação de que este irá ocorrer necessariamente ou com uma enorme probabilidade pelo curso normal dos acontecimentos (EC Batista p. 44) ► Volitional + ▲ Cognitive = Dolus directus 2nd degree

Civil Law - Mental Element

Special Dolus, Dolus specialis, Dol Spécial, Dolo específico

Dol aggravé (Préméditation), Dol præter intentionnel (l'auteur qui a voulu l'acte causal du dommage mais une partie seulement du résultat dommageable)

French distinguish between general intention to act unlawfully (dol général) and the specific intent required for certain offences (dol spécial) (Sliedregt p. 46). Dol spécial. – La faute requise correspond à un dol spécial lorsque la loi exige, outre l'intention (le dol général), que l'auteur ait été animé d'un mobile ou ait poursuivi un but précis (ex. : tuer un témoin pour l'empêcher de dénoncer certains faits).

Civil Law - Mental Element

Dolus eventualis (Martinez p.644 quoting Cassese), *Culpa* (Martinez p.645 quoting Fletcher),
Bedingte Vorsatz, *Dolo eventual*, *Faute délibérée*

The third grade of intention is *dolus eventualis*, which can also be referred to as “risk responsibility”... *dolus eventualis* differs from *dolus directus*... the latter requires that the defendant was aware that the harm would occur (*Sliedregt p. 46*). *Dolus eventualis* resembles recklessness in that they are both a type of risk responsibility. Recklessness is, however, broader than *dolus eventualis* as it also extends to negligent (inadvertent) recklessness, thus denoting *culpa* (*Sliedregt p. 46*). In German and Dutch Law *dolus eventualis* is included in the definition of intent... French Law rejects *dolus eventualis* as a degree of intention (*Sliedregt p. 46*). *Dolo eventual* o agente representa como possível a realização do facto típico e conforma-se com o risco de a sua conduta vir, efectivamente, a realizar tal facto (might occur-*Sliedregt p. 46*), (*T. Carvalho p. 134*). O autor adopta uma conduta aceitando a possibilidade de esta vir a reunir a condições factuais que a transformam num facto típico. Ou seja, nesta situação, tal não é inevitável sendo apenas possível ... a possibilidade de ocorrência não o demove de praticar o acto (*EC Batista p. 43*)

► Volitional + ▼ Cognitive = *Dolus eventualis*

Civil Law

Dol éventuel, *Bewusste Schuld*, *Negligência Consciente*

Negligence is a failure to behave like a prudent person and requires an objective test of reasonableness... Conscious negligence is the highest degree of culpa in civil law (*Sliedregt p. 45/47*). O agente embora representando os riscos da sua acção, actua porque se convence que tais riscos não se concretizarão. O elemento intelectual é igual ao dolo eventual, isto é a realização do facto típico é uma consequência possível da conduta, mas o elemento volitivo é diferente, uma vez que no dolo eventual há conformação e na Negligência Consciente o agente não se conforma. Isto é, para ele não vai acontecer. If he had known he would have acted differently (*Sliedregt p. 46*). O autor antecipa a eventualidade das consequências da sua conduta, mas convence-se que estas não irão ocorrer. Ou seja, não aceita o risco da sua ocorrência, o que permite distingui-la do dolo eventual (*EC Batista p. 44*). Inadvertent recklessness is the equivalent of conscious negligent (*Sliedregt p. 47*). ► Volitional + ▼ Cognitive = *Negligência Consciente*

<i>Civil Law</i>
<i>Unbewusste Schuld, Faute Involontaire, Negligência Inconsciente</i> <i>Non-conscious or unconscious negligence</i>
<i>Culpa denotes unintentional negligent action (Shedregt p. 47). Negligência inconsciente – o agente nem sequer representa a possibilidade da sua acção se vir a traduzir na prática de um tipo de ilícito. O autor nem sequer concebe a possibilidade de provocar consequências que preenchem um tipo penal, não obstante as circunstâncias serem de ordem a que qualquer pessoa normal... se teria apercebido do risco e teria adoptado um outro comportamento (EC Batista p. 44)</i> ▼ Volitional + ▼ Cognitive = Non conscious negligence

Tendo em consideração os quadros acima indicados, parece possível apresentar algumas ideias comuns aos dois sistemas, mas não sem antes reafirmar que nem o Direito Internacional Contratual, nem o Direito Internacional Consuetudinário, como explica Jenny Martinez¹⁷⁰, oferecem uma definição universalmente aceite de cada uma das categorias, e acrescentamos nós, acarretando problemas de difícil solução no que respeita ao elemento mental a aplicar à responsabilidade de comando. Salientamos em particular as dificuldades em definir de modo universal a categoria “recklessness”, uma vez que para alguns sistemas o essencial é o conhecimento do risco, para outros sistemas o essencial é o grau de risco e ainda para outros o importante é a atitude relativamente ao risco. Antonio Cassese organiza estas classes de modo diferente, dividindo-as em quatro grupos assim distribuídos:

- *Intenção (intention);*
- *Conhecimento (awareness or dolus eventualis);*
- *Negligência (failure to pay sufficient attention);*
- *Negligência (failure to respect generally accepted standards of conduct)¹⁷¹.*

Colocadas estas observações prévias vejamos uma tentativa de agrupar elementos intencionais e não intencionais. Assim, temos que, em termos gerais:

¹⁷⁰ Understanding mens rea in Command Responsibility, p. 646.

¹⁷¹ International Crime Law, 2003, p.58-59.

	<i>Anglo-American Law</i>	<i>Civil Law</i>	
		<i>Outras designações</i>	<i>Francês</i>
<i>Categorias do elemento mental que <u>denotam</u> intenção</i>	<i>Purpose (US)</i> <i>General Intent (UK)</i> <i>Intention</i> <i>Knowledge</i> <i>(as apart of the intent)</i> <i>Specific Intent</i> <i>Dolus Specialis</i> <i>Advertent recklessness</i>	<i>Dol, Vorsatz, Dolus, Dolus directus in first degree, Full intent, Dolus generalis, Dolo directo ou do 1º grau, Dolus directus 2nd degree, Dolo necessário ou do 2º grau, Dolus indirectus, Special Dolus, Dolus specialis, Dolo específico, Dolus eventualis, Bedingte Vorsatz, Dolo eventual</i>	 <i>Dol général</i> <i>Dol Spécial</i> <i>Faute délibérée</i>
<i>Categorias do elemento mental que <u>não</u> denotam intenção</i>	 <i>Knowledge</i> <i>(outside the intent)</i> <i>Recklessness</i> <i>Inadvertent recklessness</i> <i>Culpable negligence</i> <i>Inadvertent negligence</i>	 <i>Bewusste Schuld,</i> <i>Negligência Consciente,</i> <i>Negligência Inconsciente</i>	 <i>Dol éventuel,</i> <i>Faute consciente,</i> <i>faute inconsciente</i>

Em seguida, na sequência de um esforço de encontrar uma certa unidade de conceitos, ou, pelo menos, de uma certa tendência geral, inspirado pelos ensinamentos de António Cassese¹⁷², apresentam-se as categorias do elemento subjectivo por ordem decrescente de responsabilidade criminal e organizadas de modo a se distinguir aqueles que contêm elementos volitivos (vontade/querer) e aquelas que denotam culpa ou acções não intencionais (negligentes). Tomamos como boa a recomendação de E. Sliedregt¹⁷³ em que “inadvertent recklessness” ou no francês “imprudence non délibéré” (tradução literal em português poderia ser “imprudência não intencional”) é equivalente a negligência consciente:

¹⁷² *International Crime Law*, 2003, p. 161.

¹⁷³ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, p. 47.

<i>Conduct frames of mind</i>	<i>Mens rea</i>	<i>Degrees</i>	<i>Dolus vs Culpa</i>	<i>Content</i>
<i>Intention</i>	<i>Yes</i>	<i>Dolus</i>	<i>Dolus</i> <i>(volitional or will)</i>	<i>The will to bring about a certain result.</i>
<i>Awareness</i>	<i>Yes</i>	<i>Recklessness</i> <i>Dolus eventualis</i>		<i>Undertaking a course of conduct carries with it an unjustifiable risk of producing harmful consequences.</i>
<i>Fail to pay attention or to comply with certain standards</i>	<i>No</i>	<i>Inadvertent Recklessness</i> <i>Dol éventuel</i>	<i>Culpa</i>	<i>Failure to pay sufficient attention or to comply with certain accepted standards of conduct thereby causing harm to another person when the actor believes that the harmful consequences of his action <u>will not come about</u>, thanks to the measures he has taken or is about to take.</i>
<i>Failure to respect generally accepted standards</i>	<i>No</i>	<i>Negligence</i>		<i>Failure to respect generally accepted standards of conduct, without however being aware of the risk that such failure may bring about harmful effects.</i>

Voltaremos a este assunto no Capítulo 5 a propósito do artigo 30º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e dos elementos mentais do seu artigo 28º.

3.7.3. Estudo da jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* e das soluções propostas pelo artigo 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

"My lawyer when he first arrived here, he told me, "Dražen, can you change your mind, your decision? I do not know what can happen. I do not know what will happen." I told him because of those victims, because of my consciousness, because of my life, because of my child and my wife, I cannot change what I said to this journalist and what I said in Novi Sad, because of the peace of my mind, my soul, my honesty, because of the victims and war and because of everything."

*Dražen Erdemović, sentencing hearing, 20th November 1996*¹⁷⁴

Na realidade, nem o Estatuto do Tribunal de Nuremberga, nem a Control Council Law nº 10 incorporaram uma definição de elemento mental de um crime. Como explica Kai Ambos¹⁷⁵ as responsabilizações por crimes de guerra e por crimes contra a humanidade tiveram por base desde o *dolus eventualis* (no caso do Supremo Tribunal para a Zona Ocupada pelos Britânicos) até *dolus directus* nos casos *Menten* (Tribunal holandês) e *Eichmann* (Tribunal israelita). No caso *Finta*, julgado por um Tribunal do Canadá, este verificou a existência de "knowledge", elemento que incluía "desconhecimento propositado" (*wilfull blindness*). No caso *Barbie & Touver*, julgado pelos Tribunais franceses, estes determinaram a responsabilidade com base no conhecimento do plano de acção e dolo directo nos *actus reus*. Em suma, foram utilizados todos os graus do dolo na qualificação do elemento subjectivo do tipo.

Infelizmente, também os estatutos dos Tribunais *ad hoc* não prevêm qualquer norma sobre o *mens rea* ou sobre o elemento mental em geral, nem mesmo as regras de procedimento e de prova o fazem. Assim, a nossa interpretação terá como referência a jurisprudência por eles produzida, cujo valor "foi imenso no que respeita ao desenvolvimento"¹⁷⁶ das questões

¹⁷⁴ Dražen Erdemović (ICTR case n.º IT-96-22) *Pilica Farm.* [Em linha] [Acesso a 20 de Dezembro de 2009]. <http://www.icty.org/case/erdemovic/4>.

¹⁷⁵ Kai Ambos – *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung.* Berlin Duncker & Humblot, 2002, p. 203.

¹⁷⁶ E van Sliedregt - *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, p. 48.



relacionadas com esta temática. Desde as suas primeiras decisões, os juízes do ICTY anunciaram que o elemento mental era essencial para as ofensas sob a sua jurisdição¹⁷⁷, facto que ficou logo bem patente no primeiro caso (“Pilica Farm” (IT-96-22) Dražen Erdemović) uma vez que o arguido confessou ter assassinado um largo número de prisioneiros indefesos (cerca de 70), mas quando perguntado sobre os motivos que o levaram a cometer tais actos, respondeu que tinha sido forçado a fazê-lo. Todos os juízes da instância de recurso em 1997 rejeitaram a admissibilidade da defesa “duress” e abordaram a questão no sentido da presença ou ausência da *mens rea*.¹⁷⁸

Considerando os casos Jean-Paul Akayesu (Julgamento §589), Čelebići (Julgamento §439), Tihomir Blaškić (Julgamento §152;§182) e Duško Tadić (Julgamento §657 e Recurso §220) a jurisprudência do *mens rea* relativamente aos crimes de guerra, designadamente nos crimes de homicídio, inclui as várias formas ou graus de dolo do tipo (*intent*) nas quais consta a figura da “*recklessness*”. Todavia, relativamente à figura da “*recklessness*” não ficou completamente esclarecido como é que esta deva ser entendida, se no sentido de dolo eventual (*Advertent Recklessness*), se numa perspectiva de negligência consciente (*inadvertent recklessness*) e, portanto, neste último caso, sem elementos de intencionalidade.

Porém, o caso Duško Tadić (Recurso §220) veio clarificar este último aspecto nos seguintes termos: “deve notar-se que é necessário mais do que negligência. O que é necessário é que... o agente, embora não deseje um determinado resultado, está conhecedor que as suas acções... produzirão um outro resultado típico e aceita o risco de o vir a produzir. Por outras palavras, é necessário o designado *dolus eventualis* (também designado “*advertente recklessness*” em alguns sistemas legais nacionais) (tradução do autor)¹⁷⁹”. Desta transcrição podemos concluir duas coisas: a primeira é que, para o Direito Internacional, na perspectiva

¹⁷⁷ William A. Schabas – *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. *HeinOnline* 37 *New Eng.L. p.* 1018 2002-2003.

¹⁷⁸ *Prosecutor v. Erdemovic*, Case nº IT-96-22-T, *Sentencing Judgment*, 29 Nov. 1996, § 14; 108 I.L.R. 180, 186 e ainda *Prosecutor v. Erdemovic*, Case nº IT-96-22-A, *Sentencing Appeal*, 07 Oct 1997, § 71; 111 I.L.R. 298, 362 (*Separate and Dissenting Opinion of Judge Stephen*) e também *Prosecutor v. Erdemovic*, Case nº IT-96-22-A, *Sentencing Appeal*, 07 Oct 1997, § 27; 111 I.L.R. at 442 (*Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese*).

¹⁷⁹ No original: “It should be noted that more than negligence is required. What is required is... a person, although he did not intend to bring about a certain result, was aware that the actions... were most likely to lead to that result but nevertheless willingly took that risk. In other words, the so-called *dolus eventualis* is required (also called “*advertent recklessness*” in some legal national systems).”



dos Tribunais *ad hoc*, o conceito de dolo eventual (*advertent recklessness*) inclui o aceitar da possibilidade de se produzirem certas consequências típicas que, embora não sejam as da intenção do agente, são por ele conhecidas e aceites através do risco de se produzirem. A segunda é que, no caso em que o agente sabe que se podem produzir certas consequências típicas que não constam da sua intenção inicial, mas em que este agente se convence que estas não se irão produzir, isto é, não se conforma com o risco, é considerada uma acção dentro do âmbito da negligência inconsciente (*inadvertent recklessness*), figura esta que já não pode ser incluída nos graus ou categorias do dolo, e desse modo, não pode ser considerada em termos de responsabilização dos crimes do Estatuto do ICTY.

Conceito de «recklessness» para os Tribunais <i>ad hoc</i>				Observações
Dol éventuel (culpa)	Não	Dolo eventual (dolus)	Sim	Julgamento/Blaškić
	Sim		Não	Julgamento/Aleksovski
	Não		Sim	Apelo/Tadić

Uma outra maneira de analisar o problema será procurar no texto dos Estatutos dos Tribunais referências explícitas ou implícitas ao *mens rea*. Por exemplo, o artigo 2º do Estatuto do ICTY inclui expressões como “homicídio voluntário¹⁸⁰/wilful killing (alínea a) do nº 2)” e “causar intencionalmente (wilful causing...) grande sofrimento ou graves danos à integridade física ou à saúde” (alínea c) do nº 2)”. No caso Zejnil Delalić a instância de julgamento do ICTY referiu o significado corrente do termo “wilful” tal como menciona o “Concise Oxford English Dictionary”, isto é, “intencional ou deliberado”¹⁸¹. Também relativamente às expressões “homicídio voluntário/wilful killing” e “assassinato/murder” que foram importadas da IV Convenção de Genebra (wilful killing - artigos 50º, 51º, 130º e 147º; “murder” do artigo 3º comum às quatro Convenções) a tradução oficial em língua francesa é “l’homicide intentionnel” e “meurtre”, factos que levaram o Tribunal a declarar não haver

¹⁸⁰ Tradução oficial portuguesa publicada na página 2698, Diário da República I Série A, de 11 de Maio de 1995.

¹⁸¹ *Prosecutor v. Delalić et al., Case nº IT-96-21-T, Sentencing Judgment, 16 Nov. 1998, § 433.*



distinção entre elas¹⁸² e consequentemente a excluir qualquer responsabilização de agentes cujos elementos mentais caíam fora das diversas categorias do dolo.

Pode ainda colocar-se a questão de saber se relativamente às violações graves que não incluem na sua definição os vocábulos “wilful”, “wilfully” ou “wantonly”, também devem ser entendidos como requerendo mens rea? Neste sentido, como explica William A. Schabas¹⁸³ as violações graves relativas ao tratamento desumano consistem em “actos intencionais ou omissões... actos deliberados e não acidentais que causem sérios danos mentais, sofrimento físico ou ofensa física ou ainda constituam uma ofensa séria à dignidade humana¹⁸⁴”. Idêntico raciocínio se aplica às violações sérias e às outras violações não incluídas na lista das violações da lei dos conflitos armados, que também são objecto de necessária existência de mens rea¹⁸⁵ (ver casos *Aleksovski*, IT-95-14/1-T, 1999, §57 e *Kunarac* IT-96-23-T, 2001, §164-166).

Para concluir, podemos afirmar com a prudência necessária que, apesar de no texto dos Estatutos dos Tribunais ad hoc não estarem explicitamente previstos os elementos mentais a aplicar a cada um dos crimes neles previstos, os juízes parecem ter tratado o mens rea como um elemento essencial da tipologia criminal sob a sua jurisdição, através da aplicação de todas as categorias do dolo, tal como já haviam feito os seus colegas imediatamente após a II Guerra Mundial. Todavia, deve, no entanto, fazer-se uma importante reserva relativa ao crime do n.º 3 do artigo 7º¹⁸⁶ e ¹⁸⁷ relativo à responsabilidade do superior e uma outra relativa ao crime do n.º 1 do artigo 7º (ICTY)¹⁸⁸ e que foi baptizado como “joint criminal enterprise”, excepções essas que revisitaremos mais tarde já no Capítulo 5. Se assim se puder resumir esta problemática, quase se poderá interrogar se (por hipótese meramente académica) não terá sido

¹⁸² *Prosecutor v. Delalic et al.*, Case nº IT-96-21-T, Sentencing Judgment, 16 Nov. 1998, § 433.

¹⁸³ *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. HeinOnline 37 New Eng.L. p. 1021 2002-2003.

¹⁸⁴ *Prosecutor v. Delalic et al.*, Case nº IT-96-21-T, Sentencing Judgment, 16 Nov. 1998, § 348.

¹⁸⁵ William A. Schabas, *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. HeinOnline 37 New Eng.L. p. 1022 2002-2003.

¹⁸⁶ Do Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar Pessoas Responsáveis por Violações Graves do Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Yugoslávia desde 1991 (ICTY).

¹⁸⁷ Idêntico para o n.º 3 do artigo 6º do Tribunal Penal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Genocídio e outras Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário, cometidas no território do Ruanda, bem como os nacionais do Ruanda responsáveis por genocídio e outras violações, cometidas no território de Estados vizinhos, entre 1 de Janeiro 1994 e 31 de Dezembro de 1994 (ICTR).

¹⁸⁸ Idêntico para o n.º 1 do artigo 6º do ICTR.



supérflua a introdução do artigo 30º no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, uma vez que a interpretação dos elementos subjectivos a aplicar a este tipo de ilícitos poderia ser encontrada por outras vias? Dessa última questão daremos conta já de seguida.

Finalmente, apresentamos o estudo das soluções preconizadas pelo artigo 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, do qual destacamos as seguintes ideias chave: menciona “mental element” como epígrafe do artigo, expressão esta próxima do sistema da “civil law”; Abre a possibilidade para a existência de outro regime do elemento mental, diferente do estabelecido por ele próprio; exclui a possibilidade de responsabilização por crimes negligentes e exclui a possibilidade de responsabilização por dolo eventual. Vejamos em detalhe cada uma destas afirmações, que caracterizam esta norma como “regra-excepção”:

(1) Apresenta uma norma específica sobre o elemento mental dos crimes sob a sua jurisdição: o artigo 30º;

(2) A norma do artigo 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional abre a porta à possibilidade da existência, para certos crimes, de um outro regime para o seu elemento mental, pela introdução da expressão no seu n.º 1 “salvo disposição em contrário...”. Ou seja, comparativamente com os estatutos dos Tribunais ad hoc, não só apresenta uma norma específica sobre o elemento mental dos crimes sob a sua jurisdição, como esta norma apresenta um carácter aberto;

(3) A norma do artigo 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional exige, como explica Maria Paula Faria¹⁸⁹, o conhecimento por parte do agente dos elementos materiais do crime e a vontade de os realizar, pelo que exclui todos os actos praticados de modo negligente;

(4) O artigo 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional estabelece um regime geral para o elemento mental dos crimes sob a sua jurisdição, de menor amplitude, como regra geral, relativamente ao utilizado até então, designadamente, pelos Tribunais ad hoc. Na verdade, reduz a amplitude do elemento volitivo aos actos

¹⁸⁹ Os elementos psicológicos dos crimes previstos no Tratado de Roma. Revista Direito e Justiça – Volume especial 2006. Universidade Católica Editora unipessoal, Lda. Lisboa, p. 135.



perpetrados com dolo directo e necessário (excluindo portanto o dolo eventual¹⁹⁰), embora apresente a possibilidade de estender o elemento mental a outras formas ou categorias, para além das já identificadas;

(5) O n.º 2 do artigo 30 exclui, quanto a nós¹⁹¹ como já dissemos, o dolo eventual, uma vez que a norma explicitamente exige o conhecimento de que as consequências terão necessariamente lugar (will occur). Recordemos o conceito de dolo eventual: o agente representa como possível a realização do facto típico e conforma-se com o risco de a sua conduta vir, efectivamente, a realizar tal facto (T. Carvalho p. 134) (might occur- Slidregt p. 46). O autor adopta uma conduta aceitando a possibilidade de esta vir a reunir a condições factuais que a transformam num facto típico. Ou seja, nesta situação, tal não é inevitável sendo apenas possível ... a possibilidade de ocorrência não o demove de praticar o acto (Eduardo Correia Batista p. 43). E. Slidregt acrescenta ainda que, se entendermos dolo eventual como “risk responsibility” e não como uma verdadeira vontade perspectiva do dolo, então não podemos verdadeiramente incluí-la no âmbito do n.º 2 do artigo 30º. Trata-se, portanto, de um elemento mental restrito, o do artigo 30º, uma vez que exclui o dolo eventual¹⁹². Outros, como Antonio Cassese¹⁹³ consideram que o n.º 2 do artigo 30 inclui o dolo eventual, interpretado no sentido de “(advertent) recklessness”;

(6) Através de uma leitura mais atenta da letra do artigo 30º na língua original inglesa, tendo em consideração que o artigo 22º interdita a analogia, verificaremos o seguinte: A epígrafe do artigo refere “mental element”, mas as alíneas 2) e 3) definem os elementos materiais sobre os quais devem incidir a “intent” e o “knowledge”. Por outro lado, explica como deve ser feita a aplicação dos elementos subjectivos aos elementos objectivos, isto é, um agente age com “intent” quando (for the purpose of this article, a person has intent where):

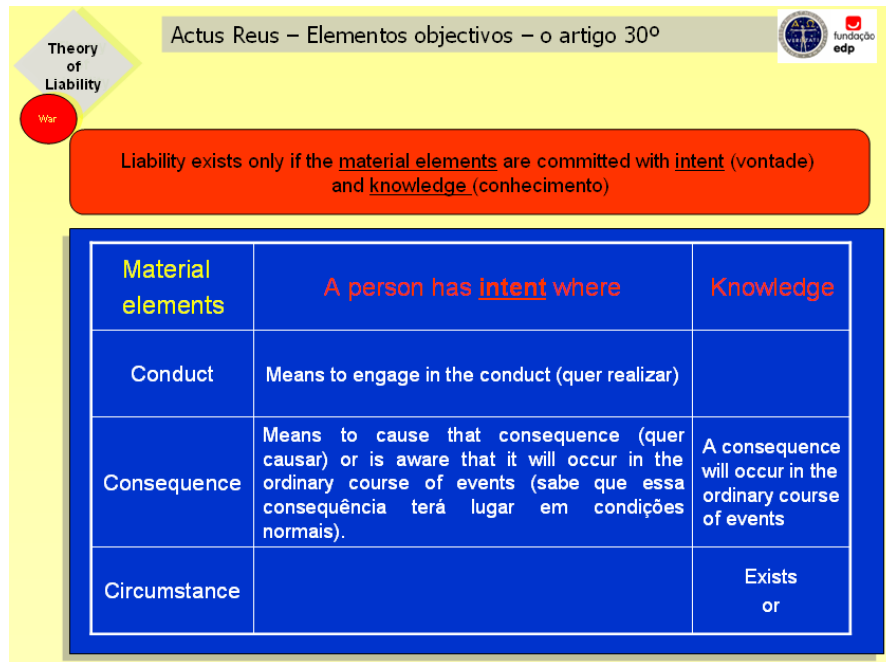
¹⁹⁰ No mesmo sentido posiciona-se Kai Ambos em El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Universidad Externado de Colombia, p. 119.

¹⁹¹ Apoiados por E. Slidregt (p. 51) e Maria Paula Faria (p. 139).

¹⁹² E van Slidregt - The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law, p. 113.

¹⁹³ International Crime Law, 2003, p. 176.

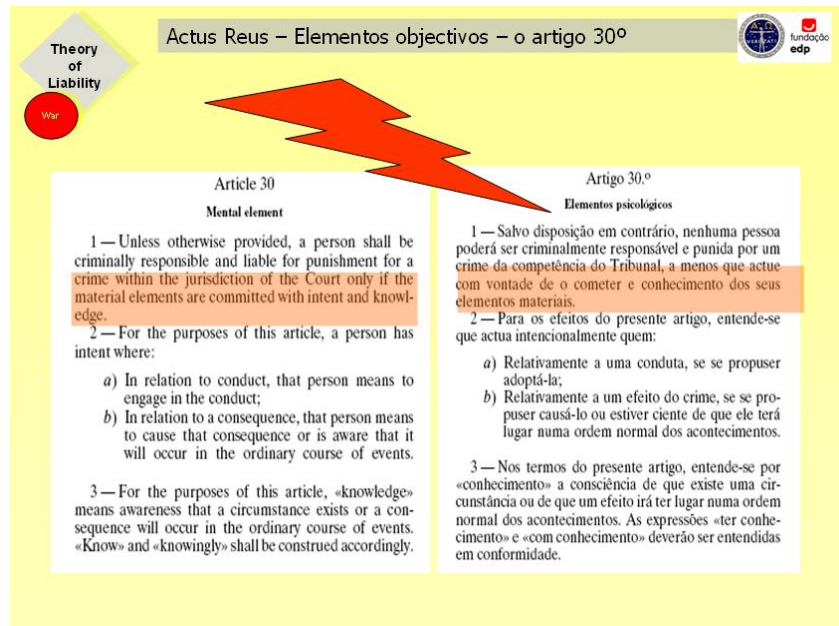
- Em relação à conduta se propuser adoptá-la; e
- Em relação à consequência quer realizá-la ou está ciente que esta terá lugar no decurso normal dos acontecimentos e;



- Para os efeitos deste artigo (saber quando haverá responsabilidade com base no elemento mental) “knowledge” significa que o agente está consciente que uma circunstância existe ou;
- “Knowledge” significa que o agente está consciente que a consequência terá lugar no decurso normal dos acontecimentos.

A figura seguinte procura traduzir graficamente os conceitos apresentados, de modo a preparar a aplicabilidade ao caso concreto do artigo 28º, que veremos mais tarde.

A versão oficial portuguesa, apesar da expressa proibição do artigo 22º relativamente à analogia, traduz o n.º 1 do artigo 30º, de modo mais de acordo com a doutrina nacional, ignorando o verdadeiro sentido que o legislador internacional lhe quis conferir. Vejamos pois:



A expressão original “only if the material elements are committed with intent and knowledge” foi traduzida por “a menos que actue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais”. O requisito mental não é a vontade de o cometer e o conhecimento dos seus elementos materiais, mas sim os elementos materiais têm que ser cometidos com intenção e conhecimento e daí, nas alíneas seguintes, o legislador internacional explicar como é que se faz essa determinação (já explicada pela figura anterior). Esta diferença tem a maior importância, como veremos mais tarde.

Por agora, importa retomar a análise do artigo 30º com um quadro síntese do que já afirmámos anteriormente:

Article 30° Mental element (official version ¹⁹⁴)	Artigo 30° Elementos psicológicos (versão oficial ¹⁹⁵)	Opção pela terminologia da Civil Law (componente volitiva e cognitiva)
O objecto dos elementos mentais é os elementos materiais do crime. Por elementos materiais do crime devem entender-se, neste caso particular, os elementos específicos da tipologia dos crimes dos artigos 5° a 8°, designadamente a <u>conduta</u> ou acção descrita na definição destes, as <u>consequências</u> que possam estar especificadas adicionalmente à conduta e ainda <u>circunstâncias</u> factuais. Vejamos os elementos materiais do n.º 2, alínea b) (x) do artigo 8°: <u>Conduta</u> “Submeter pessoas... a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas”; <u>circunstâncias</u> “que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efectuadas no interesse dessas pessoas” e ainda <u>consequências</u> “e que causem a morte ou façam perigar seriamente a sua saúde”.		
1 — Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with <u>intent</u> and <u>knowledge</u> .	1 — Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que actue com <u>vontade</u> de o cometer e <u>conhecimento</u> dos seus elementos materiais.	Exclui os crimes negligentes, mas deixa a “porta” aberta com a expressão “Salvo disposição em contrário...” para que outros elementos mentais possam ser indicados noutro lugar, que não este artigo 30° (Otto Triffterer, p.528). Dois exemplos muito importantes são o caso da exigência da existência de um dolo específico para além do dolo genérico ou comum (exemplo do n.º 2 (i) do artigo 7°) e um requisito mental diferente do regime geral do artigo 30°, como é o caso dos n.ºs 1, alínea a) e 2, alínea a) do artigo 28°.
2 — For the purposes of this article, a <u>person has intent where</u> :	2 — Para os efeitos do presente artigo, entende-se que <u>actua intencionalmente quem</u> :	A expressão “Para os efeitos do presente artigo” deve ser interpretada no sentido de que os parágrafos 2 e 3 definem o elemento mental/mens rea mínimo para todos os crimes sob a jurisdição do tribunal, apesar da possível existência de elementos mentais indicados noutros lugares.
a) In relation to conduct, that person means to engage in the <u>conduct</u> ;	a) Relativamente a uma <u>conduta</u> , se se propuser adoptá-la;	Componente volitiva (<u>Vontade</u>) - deve abranger a <u>conduta</u> (denota uma <u>acção</u> voluntária e positiva que pode incluir uma omissão intencional) e as <u>consequências</u> do crime explica Otto Triffterer, p. 533, quando os efeitos (consequência) são elementos materiais do crime, estes tem que ser cometidos com vontade.
b) In relation to a <u>consequence</u> , that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.	b) Relativamente a um <u>efeito do crime</u> , se se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos.	
3 — For the purposes of this article, «knowledge» means <u>awareness</u> that a <u>circumstance exists</u> or a <u>consequence</u> will occur in the ordinary course of events.	3 — Nos termos do presente artigo, entende-se por «conhecimento» a <u>consciência</u> de que existe uma <u>circunstância</u> ou de que um <u>efeito</u> irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos.	Componente cognitiva (<u>Conhecimento</u>) - O conhecimento do agente tem que versar sobre as <u>circunstâncias</u> e as <u>consequências</u> do facto. O agente tem que estar <u>consciente</u> de que o <u>efeito/consequência</u> se irá produzir no curso normal dos acontecimentos, isto é, tem que <u>antecipar</u> que a sua conduta irá produzir o resultado proibido. Isto não quer dizer que tenha que existir a certeza de que o resultado se produzirá de qualquer modo, mas que se produzirá a não ser que intervenham circunstâncias excepcionais e o desvio do processo causal em relação ao previsto será irrelevante se se mantiver de acordo com a experiência da vida. Por seu turno em relação às <u>circunstâncias</u> , podem estar em causa qualidades – como a de comandante militar ou superior hierárquico – meios – uso da força no transporte de crianças – motivos, modalidades do crime, ou o conhecimento da existência de coisas ou pessoas que constituem o objecto de tutela penal, independentemente de todas as circunstâncias funcionarem como agravantes ou atenuantes da responsabilidade do agente (Maria Ribeiro de Faria, p.140).
«Know» and «knowingly» shall be construed accordingly.	As expressões «ter conhecimento» e «com conhecimento» deverão ser entendidas em conformidade.	

¹⁹⁴ Diário da República - I Série-A n.º 15 — 18 de Janeiro de 2002, p. 371.

¹⁹⁵ Diário da República - I Série-A n.º 15 — 18 de Janeiro de 2002, p. 405.



Nos termos do n.º 3 do artigo 30º, o conhecimento do agente tem que versar sobre as circunstâncias ou as consequências do facto. O agente tem que estar consciente de que o resultado se irá produzir no curso normal dos acontecimentos, isto é, tem que antecipar a possibilidade da sua conduta vir a produzir o resultado proibido. Esta antecipação inclui também as situações ou circunstâncias onde o conhecimento ou a previsão apontam de modo substancial para uma eventual certeza que as consequências terão lugar. Embora a certeza de um resultado seja difícil de determinar, o tipo de conhecimento exigível sobre as circunstâncias que consciencializam a probabilidade de ocorrência apresenta-se no sentido do senso comum e do significado social do acto (como defende Maria Paula Ribeiro de Faria, p.142). Tais circunstâncias abrangem em concreto aqueles agentes que não querem saber e que deliberadamente “fecham os olhos” a uma determinada realidade que, no curso normal dos acontecimentos, produzirá um resultado (típico) que o agente sabe, no mínimo, ter um significado social censurável. Também a apreciação errónea de tais circunstâncias poderá, contudo, constituir uma defesa baseada em “erro relativo aos factos” que, nos termos do n.º 1 do artigo 32º, só excluirá a responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime. Maria Paula Ribeiro Faria¹⁹⁶ alerta em particular para várias problemáticas a respeito do artigo 30º. Entre elas está o facto de “as várias incriminações nos artigos 6º a 8º do Estatuto apresentarem grandes variações ao nível da construção do elemento mental do crime. Assim, há casos em que a incriminação exige um dolo específico além do mero dolo genérico a que se refere o artigo 30º, que continua a ter que se dirigir ao acto base. Veja-se, explica a autora, “o crime previsto na alínea a) do artigo 6º, genocídio através de homicídio, em que o agente, além de querer matar outra pessoa, tem que ter a intenção de destruir total ou parcialmente o grupo nacional, étnico, racial ou religioso a que ela pertence (...) ou ainda, o artigo 8º, n.º 2, alínea c) (i) crime de guerra de tortura, em que o autor tem que ter actuado movido pela intenção de obter informações ou uma confissão, castigar a vítima, intimidá-la ou exercer coacção sobre ela (...). Também na cumplicidade e instigação, artigo 25º, n.º 3, alínea c), tem-se entendido

¹⁹⁶ Os elementos psicológicos dos crimes previstos no Tratado de Roma. Revista Direito e Justiça – Volume especial 2006. Universidade Católica Editora unipessoal, Lda. Lisboa, p. 136.

que basta ao dolo genérico o conhecimento do crime principal a ser cometido, admitindo-se por isso uma redução das exigências ao nível do elemento volitivo do dolo (acentua-se o momento cognitivo), mas o agente tem que tomar como finalidade da sua conduta o auxílio ou a determinação ao crime do agente a quem presta a sua colaboração, deixando-se identificar desta forma uma intencionalidade ou dolo particular ou específico.”

Antes de concluir importa apreciar e tomar posição sobre o que ficou dito sobre o artigo 30º relativamente a uma eventual inutilidade de incluir esta norma no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Assim, somos claramente pela presença desta norma. As razões são diversas. Entre elas apresenta-se o valor da existência de uma norma positiva (pela primeira vez) no sentido da obtenção de maior justiça, certeza e facilidade processual, evitando assim as diferentes interpretações dos tribunais ad hoc, pelo facto de, como não dispunham de tal instrumento, recorrerem quase exclusivamente à utilização dos conceitos nacionais. Além disso, importa referir que as soluções que o legislador internacional desejou introduzir, relativamente aos elementos subjectivos dos tipos “core crimes” do Estatuto, não seguem, no seu todo, nem a prática dos Tribunais pós II Guerra Mundial (Leipzig, Nuremberga, Tóquio, Israel, etc.), nem a dos Tribunais ad hoc apresentando, como vimos, um regime aberto por um lado e mais restritivo, por outro. O objectivo de consagrar este regime específico só seria alcançável pela introdução de uma norma positiva, como a do artigo 30º. Estas razões que aproveitaram, por certo, ao legislador internacional, aceitam-se sem reservas, dada a natureza destes crimes, no seu sentido de profunda censurabilidade e no seu impacto jurídico-internacional.

3.7.4. O caso especial do artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

*“Justice is unwilling to be captured in a formula.
Nevertheless, it somehow remains a word of
magic evocations”.*

Edmond N. Cahn¹⁹⁷

Tendo em conta as considerações produzidas até este ponto, podemos afirmar que o elemento mental exigido pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, no caso da responsabilidade penal do comandante ou mais genericamente de outros superiores não incluídos na categoria de comandantes, é menos exigente que a regra geral do artigo 30º e também menos exigente que o aplicado pelos Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda. Observemos a seguinte tabela comparativa¹⁹⁸:

ICTY & ICTR		
Article 30º	28º ICC	Intent (general & specific)
		Knowledge
		Dolus Directus
Intent (general & specific)	Dolus eventualis Advertent Recklessness	Dolus eventualis
		Advertent
		Recklessness
Knowledge	Recklessness Wilful blindness Negligence	Negligence
Dolus Directus		

Na verdade a “regra-exceção” que é válida para todos os tipos de crime previstos no Estatuto, encontra um “otherwise provided” no articulado do artigo 28º, cuja aplicabilidade deve ser cuidadosamente estudada, no sentido de saber se a sua aplicabilidade se faz do mesmo modo aos diferentes deveres a que o comandante ou os outros superiores hierárquicos

¹⁹⁷ Edmond Cahn - *The Sense of Injustice*, Indiana University Press, 1975, p. 13.

¹⁹⁸ E van Sliedregt - *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, p. 53.



estão obrigados. Este estudo entre os elementos materiais de cada uma das alíneas do artigo 28º e o elemento mental exigido terá lugar no Capítulo 5.

Neste capítulo vimos as questões essenciais da tipologia criminal, com destaque para o conceito de crimes de guerra e para a organização dos elementos objectivos e subjectivos do tipo, com particular atenção ao artigo 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, tendo por referência os Tribunais ad hoc. No capítulo seguinte, abordaremos a questão da responsabilidade individual por crimes de guerra bem como, ainda que de modo sumário, as defesas admissíveis e, nessa perspectiva, estudaremos também mais aprofundadamente o artigo 28º.

4. Responsabilidade individual internacional por crimes de guerra

“... Sabia que, em tempos de guerra, as probabilidades de um homem poderoso e importante (...) ser levado a julgamento seriam escassas.”

Ken Follett¹

São três os momentos históricos da construção do conceito de responsabilidade individual internacional na era moderna. Em síntese, podemos dizer que os Tribunais Militares Internacionais de Nuremberga e Tóquio estabeleceram as primeiras bases, os Tribunais ad hoc para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda desenvolveram essa mesmas bases e o Estatuto de Roma representa o estado mais avançado desse processo de desenvolvimento. Deve notar-se que todo este processo se inspirou, em muito, nas soluções nacionais dos sistemas da common law e da civil law. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, logo no seu preâmbulo, afirma uma das suas vocações: “pôr fim à impunidade dos autores destes crimes (crimes da maior gravidade que afectam a comunidade internacional no seu conjunto) e contribuir assim para a prevenção de tais crimes”². Como afirma, entre nós, Henrique Salinas, ao contrário do que sucedeu com os anteriores estatutos de Tribunais Penais Internacionais em que havia poucas referências aos princípios gerais de direito penal, no Estatuto de Roma encontramos todo um capítulo dedicado a esta matéria entre os preceitos que tratam das questões relativas aos princípios gerais de direito penal, encontra-se o artigo 25º que tem por epígrafe “Responsabilidade Criminal Individual”³. Esta norma, embora seja central para a determinação da responsabilidade individual, não pode ser estudada isoladamente, pelo que procuraremos considerar, não só o estudo já efectuado sobre o elemento mental do artigo 30º, como também as questões relativas à exclusão da jurisdição e às imunidades (artigos 26º e 27º), ao problema das defesas admissíveis (entre as quais, os artigos 31º, 32º e 33º), deixando necessariamente de fora o artigo 28º sobre a responsabilidade do

¹ Os Pilares da Terra, Barcarena, Editorial Presença, Vol II, 3ª ed., 2008, p. 192.

² Parágrafos § 4 e 5 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, publicado na p. 396 do DR Iª Série A n.º 15, 18 de Janeiro de 2002.

³ O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional, 2006, p. 67.

chefes militares e de outros superiores hierárquicos, que estudaremos no capítulo seguinte. Tal como nos capítulos precedentes, o nosso estudo será limitado à responsabilidade por crimes de guerra.

Antes de iniciarmos, algumas notas comuns a todo o estudo. A primeira, salienta que, na prática, o Tribunal é competente para, dentro das regras de procedimento, analisar a responsabilidade de todos os indivíduos maiores de 18 anos (artigo 26º), independentemente da qualidade oficial atribuída pelo direito interno dos Estados (artigo 27º). Em segundo lugar, embora, como veremos, o Tribunal tenha competência sobre crimes de grupo (artigo 25º, n.º 3, alínea d)) esta competência está reduzida às pessoas (artigo 1º), no sentido de indivíduos, pelo que estão excluídas a responsabilidade dos Estados e de outros sujeitos de natureza internacional.

4.1. A responsabilidade individual directa (autoria)

*“Crimes against International Law are committed by
men not by abstract entities”.*

The Trial of the Major War Criminals⁴

O artigo 25º do Estatuto de Roma está organizado em 5 áreas diferentes. Os seus n.ºs 1 e 2º vão no sentido de consagrar a aceitação do princípio da responsabilidade criminal individual já reconhecida em Nuremberga⁶ e reafirmada pelo Tribunal Penal ad hoc para a ex-

⁴ *The trial of the major war criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, 1950, Germany, Vol. 22, p. 447, London, HMSO.*

⁵ *Artigo 25º (Responsabilidade criminal individual) 1 - De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas singulares. 2 - Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.*

⁶ *The Trial of The Major War Criminals (Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, H.M. Attorney General by H.M.'s Stationery Office, London 1950, Part 22, 447) it was held that individual criminal responsibility has "long been recognized" and further stated: "enough has been said to show that individuals can be punished for violations of International Law. Crimes against International Law are committed by men not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of International Law be enforced."*

Jugoslávia, por exemplo, no caso Tadić⁷, sem prejuízo da responsabilidade dos Estados (n.º 4). As alíneas a) a d) do n.º 3 regulam as questões de comparticipação criminosa. A alínea d) refere-se, em particular, ao problema dos crimes plurissubjectivos. A alínea e) trata o problema do incitamento ao genocídio e, finalmente, a alínea f) dispõe em matéria de tentativa⁸. Kai Ambos⁹ também se refere a esta problemática, ainda que com uma outra arrumação, mas coincidente quanto a análise do artigo 25º e relativamente às diferentes formas de autoria. Vejamos, utilizando uma proposta de arrumação apresentada por Germano Marques da Silva¹⁰, a autoria e a comparticipação nos crimes monossubjectivos, isto é, aqueles que podem ser praticados por um só agente e, num segundo momento, os plurissubjectivos, isto é, aqueles que têm necessariamente de ser praticados por uma pluralidade de agentes. Começaremos pela autoria, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 25º:

⁷ *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a/ "Dule"*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Case n.º IT-94-1-AR-72, 2 Oct 1995, § 128-137 (134): "All of these factors confirm that customary international law imposes criminal liability for serious violations of common Article 3º, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal armed conflict, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife."

⁸ Kai Ambos em *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, p. 477, vê a organização do artigo 25º do seguinte modo: "Thus, in contrast to the ILC Draft Codes of Crimes against the Peace and Security of Mankind and the Statutes of the ad hoc Tribunals, paragraph 3 distinguishes between perpetration (subparagraph (a)) and other forms of participation (subparagraphs (b) and (c)), with the latter establishing different degrees of responsibility. This approach confirms the general tendency in comparative criminal law to reject a pure unitarian concept of perpetration (Einheitstätermodell) and to distinguish, at least on the sentencing level, between different forms of participation. Subparagraphs (d), (e) and (f) provide for expansions of attribution: contributing to the commission or attempted commission of a crime by a group, incitement to genocide, attempt".

⁹ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Universidad Externado de Colombia, p. 116 ss.

¹⁰ *Direito Penal Português – Parte Geral II, Teoria do Crime*, 1998, p. 262.

370 DIÁRIO DA REPÚBLICA – I SÉRIE-A N.º 15 – 18 de Janeiro de 2002	404 DIÁRIO DA REPÚBLICA – I SÉRIE-A N.º 15 – 18 de Janeiro de 2002
a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;	a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja ou não criminalmente responsável;
Perpetration	Participação principal ou autoria
Executam o crime por si só, em conjunto ou através de outros.	
whether as an individual,	Direct or physical (direct or immediate perpetration as an individual) Individualmente Singular ou imediata (um único agente) Artigo 26º do Código Penal Português ¹¹ define autoria singular como a execução do facto (típico) por si mesmo
jointly with another	Joint (as a co-perpetrator ¹²) Em conjunto Co-autoria (mais que um único agente) Artigo 26º do Código Penal Português define como co-autor quem tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros ¹³
through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible	Indirect or by means ¹⁴ (through another person) Por intermédio de outrem quer essa pessoa seja ou não criminalmente responsável; Autoria mediata Artigo 26º do Código Penal Português define como autor mediato aquele que praticar o facto por intermédio de outrem

¹¹ Decreto-Lei n.º 400/82 de 23 de Setembro, republicado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro e alterado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

¹² Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 479, "Co-perpetration is no longer included in the complicity concept but recognized as an autonomous form of perpetration. It is characterized by a functional division of the criminal tasks between the different (at least two) co-perpetrators, who are normally interrelated by a common plan or agreement. Every co-perpetrator fulfils a certain task which contributes to the commission of the crime and without which the commission would not be possible. The common plan or agreement forms the basis of a reciprocal or mutual attribution of the different contributions holding every co-perpetrator responsible for the whole crime".

¹³ A jurisprudência penal portuguesa requer a existência da consciência que operam em conjunto, através de dois requisitos: uma decisão expressa ou tácita conjunta, tendo em vista a obtenção de um determinado resultado e uma execução igualmente conjunta (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Julho de 1984; BMJ, 339, 276) – Maia Gonçalves, 16ª Edição do Código Penal Português, 2004, p. 136.

¹⁴ Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 480, "The perpetration by means presupposes that the person who commits the crime (intermediary, intermédiaire, Tatmittler) can be used as an instrument or tool (Werkzeug) by the indirect perpetrator (auteur médiat) as the master-mind or "individual in the background" (Hintermann). He or she is normally an innocent agent, not responsible for the criminal act. A typical example is the case where the individual agent or instrument acts erroneously or is not culpable because he or she is a minor or because of a mental defect. The perpetrator by means is also considered a principal at common law. However, especially in the field of "macro criminality", i.e., systematic or mass criminality organized, supported or tolerated by the state, the direct perpetrator or executor normally performs the act with the necessary mens rea and is fully aware of its illegality. Thus, the question arises if perpetration by means always presupposes that the direct perpetrator has a "defect", or if it is also possible with a completely culpable direct perpetrator, i.e., in the case of a "(indirect) perpetrator behind the (direct) perpetrator" (Täter hinter dem Täter). This has been affirmed for cases in which the "Hintermann" dominates the direct perpetrators by way of a hierarchical organizational structure, i.e., where he or she has "Organisationsherrschaft". However, attribution in these cases may go too far if the indirect perpetrator cannot dominate the direct perpetrator sufficiently so as to justify attributing to him the latter's conduct as though it were his own. Generally speaking, perpetration by means requires a sufficiently tight control by the "Hintermann" over the direct perpetrator, similar to the relationship between superior and subordinate in the case of command responsibility (article 28)".

Tal como explica Henrique Salinas¹⁵ os regimes da autoria singular e da co-autoria seguem em termos gerais o Direito Penal Português. Já a figura da autoria mediata (indirect or by means), tal como explica Elies van Sliedregt:¹⁶ “introduz a nível internacional uma nova forma de autoria. Considerando que a autoria mediata inclui a prática de actos típicos através de agentes inocentes e agentes criminalmente responsáveis, é deste modo susceptível de cobrir um conjunto mais vasto de situações que o clássico conceito de autoria mediata através de agentes inocentes, conceito esse muito presente nos sistemas nacionais” (tradução do autor). A mesma autora fornece alguns exemplos de utilização deste conceito alargado de autoria mediata. Segundo ela, imagine-se um caso de autoria mediata clássica, no qual o agente foi dolosamente determinado à prática o facto típico apresenta uma defesa válida, por exemplo, porque se trata de um menor de 18 anos (artigo 26º) ou porque o agente sofre de enfermidade ou deficiência mental (artigo 31º, alínea a)), em ambos os casos o agente seria considerado não culpado. Mas o mesmo conceito pode ainda se útil no caso em que o agente age em erro, como o exemplo que um subordinado actua sem a informação errada sobre a sua actuação. Isto é, veja-se o caso de um piloto de uma aeronave militar que utiliza munições contendo veneno durante um ataque a um objectivo militar, mas que desconhece que estas mesmas munições contêm tal componente. O emprego deste tipo de substâncias é penalizado pelo artigo 8º, n.º 2, alínea b) (xvii) do Estatuto. Duas hipóteses podem ser colocadas do ponto de vista académico. A clássica, no sentido em que o superior hierárquico do piloto conhecia o conteúdo das munições e assegurou ao piloto que tal componente não existia. Neste caso, o superior pode ser responsabilizado como autor mediato e o piloto utilizará as defesas dos artigos 32º ou 33º (erro de facto ou de direito e cumprimento de ordens hierárquicas). Uma outra hipótese, mais abrangente, pode colocar-se, na qual o piloto da aeronave conhecia o conteúdo das munições, isto é não era um agente inocente. Neste caso, o seu superior hierárquico pode ainda ser responsabilizado como autor mediato no âmbito da mesma norma: a alínea a) do nº 3 do artigo 25º.

¹⁵ Direito e Justiça, 2006, p. 71.

¹⁶ The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law, 2003, p. 71.

Antes de concluir a análise da alínea a) do nº 3 do artigo 25º, ainda algumas notas de sistematização relativas à co-autoria. Co-autoria, na definição apresentada por Elies van Sliedregt¹⁷ pressupõe dois ou mais agentes onde cada um contribui para a comissão do crime. A sua cooperação deve ser tão estreita quanto as suas contribuições para o crime sejam mutuamente atribuídas, sendo cada um responsável pelo crime como um todo. A norma do artigo 25º considera a co-autoria como um tipo de autoria, facto que na jurisprudência do Tribunal ad hoc para a ex-Jugoslávia não acontecia, uma vez que tratava esta figura como um modo de participação.¹⁸ Para Elies van Sliedregt esta nova solução representa uma emancipação do próprio conceito.¹⁹

4.2. A responsabilidade individual indirecta ou responsabilidade pela comparticipação

“International crimes such war crimes... share a common feature: they tend to be expression of collective criminality, in that they are perpetrated by a multitude of persons”.

Antonio Cassese²⁰

Ainda dentro da “arrumação” dos crimes monosubjectivos, importa exarar uma importante distinção apresentada por Germano Marques da Silva, que ajuda a compreender a organização das restantes alíneas do artigo 25º. “A comparticipação é como que um facto complexo, constituído por uma pluralidade de acções ou factos individuais. A participação é um facto individual, o modo como cada participante participa na obra comum. As normas incriminadoras dos crimes em especial só prevêem em regra a sua realização por um único agente (o autor singular). Sempre que haja comparticipação, o modo de participação

¹⁷ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 72.

¹⁸ *Trial Chamber in Kvocka* §284; in *Krstić* §636-645; *Tadić Appel Judgement* §220-221; *Trial Chamber Krnojelac* §77.

¹⁹ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 76.

²⁰ Adaptado a partir de *International Criminal Law*, 2ª ed, p. 189.

(participação principal ou autoria e a participação secundária ou cumplicidade) é prevista e punível em função das normas extensivas da punibilidade... ”²¹.

Vejamos agora a participação secundária ou cumplicidade, que Kai Ambos designa, como já vimos, por “other forms of participation”. Esta participação secundária ou cumplicidade está prevista nas alíneas b) e c), distinguindo o legislador internacional entre instigadores e cúmplices propriamente ditos (“facilitators”, na expressão original), parecendo que estes últimos apresentam um menor grau de envolvimento no crime, através da expressão “otherwise assists” incluso na alínea c) do n.º 3 do artigo 25º. Diríamos que a instigação, neste sentido, é uma forma de qualificação da participação secundária ou da cumplicidade, uma vez que os instigadores detêm um maior envolvimento no crime. Vejamos, imediatamente, a norma prevista alínea b) do n.º 3 do artigo 25º:

²¹ *Direito Penal Português – Parte Geral II, Teoria do Crime, 1998, p. 264.*

370				DIÁRIO DA REPÚBLICA – I SÉRIE-A				N.º 15 – 18 de Janeiro de 2002							
b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;								b) Ordenar, provocar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;							
Instigation ²²								Participação secundária ou cumplicidade através da instigação Artigo 26º do Código Penal Português define como instigador aquele que, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.							
Tomam parte na execução do crime															
Orders		★		Degrees of Instigation ²³ Degrees of responsibility ²⁴	1	Ordenar		★							
Solicits ²⁵		Request and provocation			2	Provocar		Devem ser interpretadas sob um denominador comum de influência de uma pessoa sobre outra pessoa para que esta cometa um crime ²⁶ .							
Induces		Broad enough to cover any type of influence causing another person to commit a crime ²⁷ .			3	Instigar									

Não há no Estatuto uma referência específica ao termo instigação (instigation), mas fazêmo-la apoiados por vários autores²⁸, no sentido de um denominador comum aos vários modos de acção descrito pela norma. Ordenar, provocar e incitar parecem ser diferentes graus do modo como um determinado agente exerce a sua influência para determinar a prática de um

²² Distinção importante entre responsabilidade de commando e responsabilidade pela participação: Judgment Laurent Semanza, 20th May 2005, Case n.º. ICTR-97-20-A, §257 The Appeals Chamber considers that there is no contradiction. First, the finding at paragraph 478 of the Trial Judgement does not relate to the Mushu church massacre, but to separate events, namely the rape of Victim A in Nzige. Second, the Appellant was convicted for having instigated the rape of Victim A. For an accused to be convicted of instigating, it is not necessary to demonstrate that the accused had “effective control” over the perpetrator. The requirement of “effective control” applies in the case of responsibility as a superior under Article 6º (3) of the Statute. In the case at hand, even though the Trial Chamber found that it had not been proven that the Appellant had effective control over others (and thus refused to convict him on the basis of his superior responsibility), this does not mean that the Appellant could not be convicted for instigating. On the evidence presented, the Appeals Chamber is not convinced that the Trial Chamber erred in convicting the Appellant for instigating the rape of Victim A.

²³ Como já vimos, Kai Ambos, considera a instigação incluída nas “other forms of participation (subparagraphs (b) and (c))” e em cada uma delas estabelecem-se “different degrees of responsibility”.

²⁴ Kai Ambos - Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 480: “The forms of participation established in this subparagraph are very different”.

²⁵ Kai Ambos - Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 481: “Soliciting a crime means, inter alia, to command, encourage, request or incite another person to engage in specific conduct to commit it. To induce basically means to influence another person to commit a crime”.

²⁶ Henrique Salinas - Direito e Justiça, 2006, p. 70.

²⁷ Elies van Sliedregt - The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law, 2003, p. 77.

²⁸ Elies van Sliedregt (The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law, 2003, p. 77); A Eser (Individual Criminal Responsibility – A Cassese et al, The Rome Statute of the International Crime Court: a commentary, Oxford, 2002), p. 795) e, entre nós, Henrique Salinas (Direito e Justiça, 2006, p. 70).

facto típico por outro agente. O problema essencial nesta norma parece ser a questão levantada pelo vocábulo “ordenar”. Concentremo-nos, pois, neste termo. Este termo/conceito foi longamente debatido a propósito do caso Tihomir Blaškić julgado pelo Tribunal ad hoc para a ex-Jugoslávia. Para o Tribunal “ordenar implica uma relação do tipo superior-subordinado, entre a pessoa que emite a ordem e aquele que a executa. Por outras palavras, uma pessoa em posição de autoridade usa este meio para convencer outra a executar a ofensa”²⁹ (tradução do autor). No caso Kordić e Cerkez, o Tribunal pronunciou-se no sentido de que “não é necessário haver uma relação formal superior-subordinado, ..., basta a existência de uma autoridade”³⁰ (tradução do autor). Ainda no caso Tihomir Blaškić, o Tribunal esclareceu que “uma ordem pode ser implícita ou explícita e não tem que ser transmitida directamente ao subordinado. Relativamente ao elemento mental da ordem, o elemento subjectivo do comandante é que conta e não o do subordinado”³¹ (tradução do autor). Para além destes factos, importa mencionar outros dois. O primeiro, diz respeito ao facto de que a ordem também não tem que possuir a forma escrita ou outra qualquer em particular, como determinou a jurisprudência dos já referidos casos Tihomir Blaškić, Kordić e Cerkez; o segundo, revela-nos que, para existir responsabilidade criminal do superior, não é necessário a execução da ordem pelo subordinado, desde que o superior tivesse intenção de a fazer executar e este soubesse que se tratava de uma ordem ilegal ou, pelo menos, manifestamente ilegal, uma vez mais como determinou, por exemplo a jurisprudência dos casos Alto Comando (118-123)³² e Reféns (118-123)³³, etc.

Na análise da alínea a) do n.º 3 do artigo 25º, a figura do autor mediato para uns e do co-autor para outros³⁴, prefiguram precisamente o caso da execução de ordens ilegais pelo subordinado, através dos quais o superior pode ser responsabilizado, desde que este tenha efectivamente querido cometer o crime. Nesta caso, o elemento mental a considerar é o dolo

²⁹ *Akayesu Judgement*, § 483.

³⁰ *Kordić and Cerkez Judgement*, § 388.

³¹ *Blaškić Judgement*, § 282.

³² *US Military Tribunal sitting at Nuremberg*, 28 October 1948, in *TWC*, XI, 462-697.

³³ *US Military Tribunal sitting at Nuremberg*, 28 October 1948, in *TWC*, XI, 462-697.

³⁴ Por exemplo, para Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 231.



específico no caso das ordens detalhadamente especificadas ou o dolo eventual/negligência grosseira, no caso das ordens genéricas.

Ainda relativamente à questão das ordens importa considerar o caso em que o superior emana uma ordem legal, mas que, na prática, se traduz na execução de actos criminosos por parte do subordinado, devido a um incumprimento parcial. Neste caso, não há responsabilidade nos termos da a) do n.º 3 do artigo 25º, mas importa avaliar essa mesma responsabilidade nos termos do artigo 28º, isto é, responsabilidade de comando, na medida em que o superior sabia que a execução de tal ordem poderia acabar por incorrer em acções criminosas, e se limitou a aceitar esse risco.

No Estatuto de Roma, a figura do autor mediato admite, quer a existência de um agente inocente, quer ainda a de um agente responsabilizável, como, aliás, já vimos. Assim sendo, aparentemente, esta situação tanto configura as ordens a que se refere a alínea b) do n.º 3 do artigo 25º, como o caso de autoria mediata (by means) a que se refere a alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo 25º.³⁵ Se pensarmos que ao artigo 25º se aplicam as regras do elemento mental do artigo 30º já estudadas, podemos concluir que o instigador que ordena apresenta um duplo dolo, isto é, deve exercer a sua influência dolosamente sobre o agente e deve dolosamente prever a conduta, antecipando os elementos essenciais do crime a praticar pelo agente instigado. O mesmo acontece com o planeamento, no sentido em que este representa o estado inicial de preparação e execução de um crime, funcionando como a demonstração de uma intenção³⁶, uma vez que, aparentemente, tanto se pode subsumir na figura do autor mediato da alínea a) do n.º 3 do artigo 25º, como na figura do instigador da alínea b) do n.º 3 do artigo 25º. Elies van Sliedregt, citando³⁷ refere que, “de facto, as figuras de ordenar,

³⁵ De facto, assim confirma Kai Ambos em *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, p. 480, *The International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*, in the *Akayesu* judgement, correctly held that 'ordering implies a superior-subordinate relationship' whereby 'the person in a position of authority uses it to convince (or coerce) another to commit an offence'. These are, inter alia, exactly the requirements of command or superior responsibility as recently confirmed in the 'Celebici case'. Consequently, the first alternative in subparagraph (b) ('[o]rders') complements the command responsibility provision (article 28º): in the latter case the superior is liable for an omission, in the case of an order to commit a crime the superior is liable for commission for having 'ordered'. In conclusion, the first alternative in subparagraph (b) actually belongs to the forms of perpetration provided for in subparagraph (a), being a form of commission 'through another person'.

³⁶ *Blaškić* Judgement § 278; *Akayesu* Judgement, § 480.

³⁷ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 114, citando Kai Ambos in Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, margin numbers 38-39, p. 491.

provocar ou instigar podem todas ser integrados na categoria da autoria mediata (by means)”, acrescentando um importantíssimo aspecto: a distinção entre autoria (perpetration) e cumplicidade (participation) corresponde à distinção entre o crime cometido ao nível-macro e o crime cometido ao nível-micro. Acrescenta ainda a mesma autora que temos então o artigo 25º organizado do seguinte modo: a alínea a) do n.º 3 corresponde ao autor intelectual, isto é, à autoria imediata, mediata e co-autoria; a alínea b) do n.º 3 defronta a problemática dos participantes (aqui no sentido de instigadores) ao nível intermédio e baixo; a alínea c) enfrenta a problemática dos cúmplices e colaboradores (assistentes); e finalmente a alínea d) encara o problema dos crimes de grupo.

Tendo presente esta organização, vejamos a norma prevista alínea c) do n.º 3 do artigo 25º. Tratando-se ainda de uma participação secundária ou cumplicidade, esta alínea c) do n.º 3 do artigo 25º, tal como ensina Elies van Sliedregt³⁸, é uma forma de cumplicidade através da assistência, cujo grau de envolvimento no crime é muito menor que na instigação.³⁹ Acrescenta a mesma autora que o artigo 25º estabelece uma importante distinção entre “secondary parts” no sentido de serem apenas facilitadores do crime e aqueles que tomam parte na sua comissão, os instigadores. Antonio Cassese⁴⁰ explica claramente o conceito afirmado que cúmplices, encobridores e colaboradores (assistentes) participam no crime, não partilham necessariamente o elemento subjectivo do autor, apenas assistem o mesmo na comissão do crime. O que é necessário é que a pessoa que assiste conheça o facto de que a sua acção ajuda o autor da execução do crime e queira efectivamente encorajar essa acção. O elemento objectivo de um cúmplice, encobridor ou assistente encontra-se na própria assistência proporcionada, encorajamento ou apoio moral ao autor.⁴¹

³⁸ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 87.

³⁹ Kai Ambos em *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, p. 481: “Aiding and abetting” as the weakest form of complicity covers any act which contributes to the commission or attempted commission of a crime”.

⁴⁰ *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 214.

⁴¹ Mitar Vasišević, IT-98-32-A, 25 February 2004, 2. Differences between participating in a joint criminal enterprise as a co-perpetrator or as an aider and abettor. §102. Participation in a joint criminal enterprise is a form of “commission” under Article 7º (1) of the Statute. The participant therein is liable as a co-perpetrator of the crime(s). Aiding and abetting the commission of a crime is usually considered to incur a lesser degree of individual criminal responsibility than committing a crime. In the context of a crime committed by several co-perpetrators in a joint criminal enterprise, the aider and abettor is always an accessory to these co-perpetrators, although the co-perpetrators may not even know of the aider and abettor’s contribution. Differences exist in relation to the actus reus as well as to the mens rea requirements between both forms of individual criminal responsibility: (i) The aider and

370	DIÁRIO DA REPÚBLICA – I SÉRIE-A	N.º 15 – 18 de Janeiro de 2002	404	DIÁRIO DA REPÚBLICA – I SÉRIE-A	N.º 15 – 18 de Janeiro de 2002
c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission;			c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;		
Complicity			Participação secundária ou cumplicidade		
Apenas facilitam a execução do crime (inclui o fornecimento dos meios)					
For the purpose of facilitating			Com o propósito de facilitar		
Aids	“Aiding means giving assistance to someone ⁴² ”.			Cúmplices	
Abets	“Abetting involves facilitating the commission of crime by being sympathetic thereto ⁴³ ”			Encobridores	
Otherwise assists			Colaborar de algum modo		

A questão essencial, tal como explica Kai Ambos⁴⁴, é determinar os requisitos mínimos deste modo de cumplicidade. Para Antonio Cassese⁴⁵ a assistência prestada tem que ter um efeito substancial na execução do crime. Iremos procurar esclarecer também as questões do elemento subjectivo. Vejamos, então, o quadro seguinte construído com base na jurisprudência dos tribunais ad hoc, e que procura elucidar sobre os conceitos de cúmplices e encobridores (aiders and abettors):

abettor carries out acts specifically directed to assist, encourage or lend moral support to the perpetration of a certain specific crime (murder, extermination, rape, torture, wanton destruction of civilian property, etc.), and this support has a substantial effect upon the perpetration of the crime. By contrast, it is sufficient for a participant in a joint criminal enterprise to perform acts that in some way are directed to the furtherance of the common design. (ii) In the case of aiding and abetting, the requisite mental element is knowledge that the acts performed by the aider and abettor assist the commission of the specific crime of the principal. By contrast, in the case of participation in a joint criminal enterprise, i.e. as a co-perpetrator, the requisite mens rea is intent to pursue a common purpose.

⁴² Akayesu Judgment § 484.

⁴³ Akayesu Judgment § 484.

⁴⁴ Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 481: “The difficult task is to determine the minimum requirements of this mode of complicity”.

⁴⁵ International Criminal Law, 2nd ed, p. 214.



Article 2º, n.º 3, d) of the 1996 ILC Draft Code Requires that the aiding and abetting be "direct and substantial"; i.e., the contribution should facilitate the commission of a crime in "some significant way"⁴⁶. The term "direct" – used by the ILC – in qualifying the proximity of the assistance is "misleading" since it implies that the assistance needs to be "tangible"⁴⁷.	(ICTY)... held that the act in question must constitute a direct and substantial contribution to the commission of the crime. "Substantial" means that the contribution has an effect on the commission; in other words, it must – in one way or another – have a causal relationship with the result. However, this does not necessarily require physical presence at the scene of the crime⁴⁸. All acts of assistance by words or acts that lend encouragement or support. This position was confirmed in the "Celebici" decision⁴⁹.	(ICTY) distinguished between the nature of assistance and its effect on the act of the principal (main perpetrator). Regarding the former it stated that the assistance need not be "tangible" but that "moral support and encouragement" is sufficient. Mere presence at the scene of the crime suffices if it has "a significant legitimizing or encouraging effect on the principals" ... Regarding the effect of the assistance the Chamber does not consider a causal relationship in the sense of the <i>conditio sine qua non</i> formula necessary but holds that the acts of assistance must "make a significant difference to the commission of the criminal act by the principal". The "significant"-requirement, however, implies that it would not be sufficient if the accomplice has only "a role" in a system without influence⁵⁰.
(ICTR)The separate definitions of aiding and abetting do not mean, however, that individual responsibility within the meaning of article 6 § 1 ICTR Statute is only incurred if both forms of participation – aiding and abetting – have been realized; aiding or abetting is sufficient. In neither case, is it necessary that the aider or abettor be present during the commission. Further, the Chamber considered that aiding and abetting may consist in an omission⁵¹.		In sum, aiding and abetting requires "practical assistance, encouragement, or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime"⁵².

O caso *Krnjelac*⁵³ julgado pelo ICTY observou, ainda, o seguinte:

- a) Tem que ser demonstrado que cúmplices e encobridores executaram um acto que consistiu na assistência prática, encorajamento, ou suporte moral ao autor do crime;
- b) O acto de assistência não necessita de ter causado directamente a ofensa principal, mas tão-somente ter tido um efeito substancial na comissão do crime pelo seu autor;

⁴⁶ Report of the ILC (1996), Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind, (1954), p. 24, § 10.

⁴⁷ Citado por Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 482: Prosecutor v. Anto Furundzija, Case n.º IT-95-17/1-T, 10 Dec 1998, § 199, §232.

⁴⁸ Citado por Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 482: Prosecutor v. Tadic, Case n.º IT-94-1-T, 7 May 1997, § 674, 688-692.

⁴⁹ Citado por Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 481: Prosecutor v. Delalic et al., § 325-9.

⁵⁰ Citado por Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 482: Prosecutor v. Anto Furundzija, Case n.º IT-95-17/1-T, 10 Dec 1998, §190-249; § 217, §233-4, § 231.

⁵¹ Citado por Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 482: Prosecutor v. Akayesu, Case n.º ICTR-96-4-T, 2 Sept 1998, § 548.

⁵² Citado por Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 482: Prosecutor v. Anto Furundzija, Case n.º IT-95-17/1-T, 10 Dec 1998, § 235 e §249.

⁵³ Judgment - The Prosecutor v. Milorad Krnjelac — Case "FOČA" (n.º IT-97-25), § 88-90.

- c) A simples presença na cena do crime por si só não é conclusiva da qualidade de cúmplice ou encobridor, excepto se essa presença tiver um efeito substancial na prática do crime;*
- d) O elemento subjectivo requer que, tanto o cúmplice como o encobridor, saibam (no sentido de estar cientes) que os actos que praticam assistem a comissão do crime em concreto pelo seu autor;*
- e) O cúmplice ou encobridor devem conhecer os elementos essenciais do crime cometido pelo autor, designadamente o seu elemento subjectivo. Todavia, cúmplice e encobridor não necessitam de partilhar o elemento subjectivo do autor.*

Em resumo, nos requisitos mínimos da figura dos cúmplices e encobridores (conceitos alternativos), pelo menos na jurisprudência dos tribunais ad hoc, incluem qualquer assistência (acção ou omissão), física ou psicológica (não necessariamente tangível) que produza efeitos substanciais na comissão do crime principal, entendendo-se por substanciais aqueles que têm uma relação causal com o resultado, fazendo com que este seja significativamente diferente se se tivesse produzido sem essa mesma assistência. Cúmplices e encobridores não necessitam de partilhar o elemento subjectivo do autor de crime, basta que o conheçam e que possuam o elemento subjectivo relativamente ao acto que praticam como cúmplices ou encobridores. Tendo em consideração o que ficou dito, podemos questionarmo-nos se será exactamente assim no caso da alínea c) do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto de Roma.

Procurando responder em concreto, poderemos afirmar que, em primeiro lugar, para o Estatuto de Roma, a alínea c) do n.º 3 do artigo 25º distingue-se dos outros modos de participação inclusos no n.º 3, no sentido de se apresentar como um tipo de cumplicidade através da facilitação do crime. Em segundo lugar, o elemento subjectivo parece ser mais exigente que na jurisprudência dos tribunais ad hoc, uma vez que exige, para além do mero conhecimento do elemento subjectivo do autor, um dolo específico, isto é, com o propósito de

facilitar a prática desse crime. *Elies van Sliedregt*⁵⁴ citando *Eser*, fornece um exemplo muito elucidativo:

“Se um civil, interrogado por um soldado sobre o paradeiro de um indivíduo que está escondido, revela o local onde este se esconde por temer pela sua vida e com a esperança que esse indivíduo entretanto tenha escapado daquele local onde estava escondido, este civil não será responsabilizado criminalmente, mesmo se ele soubesse que o soldado iria matar o indivíduo escondido (tradução do autor)”.

A razão parece simples. É que o civil, ao fornecer a informação ao soldado, embora conhecesse o elemento subjectivo do soldado, não o partilhava, uma vez que não tinha o propósito de facilitar o crime que ele sabia que iria acontecer.

Finalmente, faltaria apenas abordar a questão da prática dos crimes da alínea c) do n.º 3 do artigo 25º por omissão, mas deixaremos essa matéria mais para a frente ainda neste Capítulo.

4.3. A responsabilidade relativa à cumplicidade nos crimes de grupo

“Toda esta alínea é quase uma cópia literal da Convenção Internacional para Repressão de Atentados Terroristas à Bomba⁵⁵ e representa um compromisso com o conceito herdado de Nuremberga e que se designa por «conspiração» (tradução do autor).

Kai Ambos⁵⁶

Finalmente trataremos a responsabilidade relativa à cumplicidade nos crimes de grupo a que se refere a alínea d) do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, uma vez que o objecto do nosso estudo deixa de fora o crime de genocídio da alínea e) do mesmo n.º 3. Estamos pois já no âmbito dos crimes plurissubjectivos que, como já afirmámos, têm necessariamente de ser praticados por uma pluralidade de agentes.

⁵⁴ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 93.

⁵⁵ *International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings*, U.N. Doc. A/RES/52/164 (1998), Annex (37 I.L.M. 249 (1998)), article 2º § 3 (c), aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 40/2001, publicada no DR Iª Série – A, de 25 de Junho de 2001.

⁵⁶ *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, p. 482.



Tal como já referimos, os crimes internacionais, em especial os crimes de guerra, partilham um atributo muito importante: tendem a ser a expressão visível da uma criminalidade colectiva, no sentido em que são cometidos por um conjunto diverso de agentes, no prosseguimento de uma determinada política.⁵⁷ Nestes termos, como defende Antonio Cassese⁵⁸, é muito difícil determinar qual o contributo específico de cada agente para o crime colectivo por duas razões: em primeiro lugar, porque nem todos os participantes agiram da mesma maneira (uns planearam, outros organizaram, outros ainda coordenaram a execução das ordens, etc.); em segundo lugar, porque é muito difícil, senão impossível, reunir os elementos de prova para incriminar cada um dos participantes, muito em especial se se pensar nos casos dos campos de concentração. Estes dois argumentos, aliados às dificuldades doutrinárias sobre a problemática da comparticipação, tornam a graduação da culpa uma tarefa hercúlea.

Assim, o conceito de “conspiração” herdado de Nuremberga e o conceito de “conspiração-complicidade” transposto do Projecto de 1996 do Código de Crimes da Comissão de Direito Internacional (n.º 3 do artigo 2º) estão ainda presentes, segundo Elies van Sliedregt⁵⁹, no artigo 25º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. A noção de crimes de grupo (group-member criminality) deve ser estudada tendo em conta o conceito de objectivo comum⁶⁰ (common-purpose)⁶¹ expresso, não só pela jurisprudência dos Tribunais ad hoc⁶², mas também pela letra da alínea d) do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. O conceito de objectivo comum foi desenvolvido como um modo

⁵⁷ Duško Tadić (IT-94-1A), Judgement, 15 de Julho de 1999 - §191. The above interpretation is not only dictated by the object and purpose of the Statute but is also warranted by the very nature of many international crimes which are committed most commonly in wartime situations. Most of the time these crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design. Although only some members of the group may physically perpetrate the criminal act (murder, extermination, wanton destruction of cities, towns or villages, etc.), the participation and contribution of the other members of the group is often vital in facilitating the commission of the offence in question. It follows that the moral gravity of such participation is often no less – or indeed no different – from that of those actually carrying out the acts in question. [Em Linha] [Acesso em 22 de Dezembro de 2009]. <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>.

⁵⁸ *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 189.

⁵⁹ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 95.

⁶⁰ P. 404 do DR 1ª Série A, n.º 15, de 18 de Janeiro de 2002 - A tradução oficial da alínea d) do artigo 25º do ICC traduz “common purpose” por “objectivo comum”.

⁶¹ Também referida como “common design” ou “joint enterprise”.

⁶² Em torno de “uma cooperação para a realização de actos criminais” (co-operation for criminal purpose).

específico de participação pelo ICTY no caso “*Prijedor*” (n.º IT-94-1A) *Duško Tadić*, pela Câmara de Recurso. De acordo com o parágrafo 195 do recurso, a noção de “objectivo comum” incorpora três categorias diferentes de criminalidade colectiva⁶³: os casos clássicos de execução conjunta ou co-execução; o caso especial dos campos de concentração e o caso das associações criminosas propriamente ditas. Antes de estudarmos as diferenças entre as várias formas, vejamos os seus aspectos comuns através do elemento objectivo (*actus reus*). Assim, *Kai Ambos* e *Elies van Sliedregt* concordam que o *actus reus* para a verificação do objectivo comum, requer o seguinte:

- Uma pluralidade de indivíduos (*Kai Ambos*)⁶⁴ organizados numa estrutura militar, política ou administrativa (*Elies van Sliedregt*)⁶⁵;
- A existência de um plano comum, de um modo de acção (*design*) ou objectivo (*purpose*) (*Kai Ambos*)⁶⁶ que envolva a comissão de um dos crimes previstos no Estatuto. Este plano, modo de acção ou associação criminosa, não tem necessariamente de ser acordado previamente. Pode surgir extemporaneamente e ser inferido do facto de uma pluralidade de pessoas agir em uníssono para dar existência a uma associação criminosa (*Elies van Sliedregt*)⁶⁷;
- Participação do agente no modo de acção comum, envolvendo a comissão de um dos crimes do Estatuto. Esta participação não necessita de envolver a comissão específica de um

⁶³ Judgement, 15 de Julho de 1999 - §195. “Many post-World War II cases concerning war crimes proceed upon the principle that when two or more persons act together to further a common criminal purpose, offences perpetrated by any of them may entail the criminal liability of all the members of the group. Close scrutiny of the relevant case law shows that broadly speaking; the notion of common purpose encompasses three distinct categories of collective criminality... 196. The first such category is represented by cases where all co-defendants, acting pursuant to a common design, possess the same criminal intention... 198. Another instance of co-perpetratorship of this nature is provided by the case of *Jepsen and others*. 202. The second distinct category of cases is in many respects similar to that set forth above, and embraces the so-called “concentration camp” cases... 204. The third category concerns cases involving a common design to pursue one course of conduct where one of the perpetrators commits an act which, while outside the common design, was nevertheless a natural and foreseeable consequence of the effecting of that common purpose. An example of this would be a common, shared intention on the part of a group to forcibly remove members of one ethnicity from their town, village or region (to effect “ethnic cleansing”) with the consequence that, in the course of doing so, one or more of the victims is shot and killed. While murder may not have been explicitly acknowledged to be part of the common design, it was nevertheless foreseeable that the forcible removal of civilians at gunpoint might well result in the deaths of one or more of those civilians. Criminal responsibility may be imputed to all participants within the common enterprise where the risk of death occurring was both a predictable consequence of the execution of the common design and the accused was either reckless or indifferent to that risk...” [Em Linha] [Acesso em 22 de Dezembro de 2009]. <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>.

⁶⁴ *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p.160.

⁶⁵ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 99.

⁶⁶ *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p.160.

⁶⁷ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 99.

dos crimes previstos no Estatuto, mas pode ter a forma de assistência ou contribuição para a execução do plano comum ou modo de acção comum (*Kai Ambos*⁶⁸ e *Elies van Sliedregt*)⁶⁹;

Todavia, estas figuras diferem no elemento subjectivo, pelo que observaremos cada uma delas em separado.

4.3.1. - Os casos clássicos de execução conjunta ou co-execução

*"Theirs not to make reply,
Theirs not to reason why,
Theirs but to do and die:
Into the valley of Death
Rode the six hundred"*.

*Lord Alfred Tennyson*⁷⁰

Estes casos são também designados por responsabilidade pela partilha dolosa da realização de um resultado criminoso (*Antonio Cassese*)⁷¹, por associação criminosa I (*Kai Ambos*)⁷² ou, ainda simplesmente, por primeira categoria (*Elies van Sliedregt*)⁷³. Esta figura exige a partilha do dolo dos co-autores relativamente ao crime que vier a ser cometido e acrescenta *Antonio Cassese*⁷⁴ que todos são responsáveis, qualquer que seja o seu papel e/ou posição durante a execução do crime (mesmo se apenas votaram numa assembleia no sentido da implementação do plano). Neste caso, afirma o mesmo autor, o elemento subjectivo deve ser entendido como dolo eventual ou "recklessness" ou ainda "advertente recklessness", fornecendo como jurisprudência a estudar os seguintes casos: *Ponzano* (Tribunal Inglês,

⁶⁸ *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p.160.

⁶⁹ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 99.

⁷⁰ *The Charge of the Light Brigade*, Lord Alfred Tennyson, Poema 2, [Em linha] [Acesso em 12 de Julho 2007] <http://poetry.eserver.org/light-brigade.html>.

⁷¹ *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 191 – Liability for common intentional purpose.

⁷² *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p.159.

⁷³ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 96.

⁷⁴ *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 191.



1945)⁷⁵; Krstić (ICTY, 2001); Blagojević (ICTY, 2003) e Brđanin (ICTY, 2004). Para Kai Ambos, esta é a forma mais básica de execução conjunta e exige que os participantes actuem tendo por base um objectivo comum e como uma intenção comum, requisito também confirmados pela jurisprudência do caso Duško Tadić (n.º IT-94-1A)⁷⁶.

4.3.2. - O caso especial dos campos de concentração

"This was terrible. The screams. I dream them, you know, sometimes. I wake up with them and I go to sleep with them".

*Vukovar Hospital Case*⁷⁷

Este caso é também designado por responsabilidade pela participação num plano criminoso comum no seio de uma instituição (Antonio Cassese)⁷⁸, ou forma de responsabilidade sistémica ou típica dos campos de concentração – associação criminosa II (Kai Ambos)⁷⁹ ou, ainda simplesmente, segunda categoria (Elies van Sliedregt)⁸⁰. Esta figura exige simultaneamente que o agente tenha conhecimento da existência de um sistema/organização capaz de provocar danos físicos e ainda o dolo dos provocar

⁷⁵ British Military Tribunal sitting at Hamburg, Verdict of 24 August 1948 (Ponzano case). [Em linha] [Acesso em 23 de Dezembro 2009] <http://fds.oup.com/www.oup.co.uk/pdf/0-19-927155-0.pdf>. Mais detalhes ver Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2008, p. 192.

⁷⁶ *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p.160: "... the basic form, where the participants act on the basis of a 'common design' or 'common enterprise' and with a common 'intention' (hereinafter JCE I)". Ainda sobre este primeiro caso, Duško Tadić (IT-94-1A), Judgement, 15 de Julho de 1999 - §196: "... The first such category is represented by cases where all co-defendants, acting pursuant to a common design, possess the same criminal intention; for instance, the formulation of a plan among the co-perpetrators to kill, where, in effecting this common design (and even if each co-perpetrator carries out a different role within it), they nevertheless all possess the intent to kill. The objective and subjective prerequisites for imputing criminal responsibility to a participant who did not, or cannot be proven to have, effected the killing are as follows: (i) the accused must voluntarily participate in one aspect of the common design (for instance, by inflicting non-fatal violence upon the victim, or by providing material assistance to or facilitating the activities of his co-perpetrators); and (ii) the accused, even if not personally effecting the killing, must nevertheless intend this result." [Em Linha] [Acesso em 22 de Dezembro de 2009]. <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>.

⁷⁷ Trial Transcript – Prosecutor against Mile Mrksic, Moroslav Radic, Veslim Sijavcanin, Slavko Dokmanović, ICTY, IT-95-13A, 5th February 1998, §925. [Em linha] [Acesso em 9 de Julho de 2008]. <http://www.icty.org/x/cases/dokmanovic/trans/en/980205ed.htm>.

⁷⁸ *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 195 – Liability for participation in a common criminal plan within an institutional framework.

⁷⁹ "... the systemic form, i.e. the so-called concentration camp cases where crimes are committed by members of military or administrative units such as those running concentration or detention camps on the basis of a common plan ('common purpose') (hereinafter JCE II); *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p. 159.

⁸⁰ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 96.



concertadamente com outros agentes. Antonio Cassese chama a atenção para que este tipo de responsabilidade se dirige à implementação de actividades criminosas por uma instituição, tal como um campo de concentração ou um campo de internamento. Para este autor, os requisitos não são dois, mas três: (1) conhecimento que tais abusos estão a ser cometidos; (2) vontade em tomar parte no funcionamento da instituição (*dolo*) e (3) dar um importante contributo para que a instituição atinja os seus objectivos. Os exemplos fornecidos são muito claros: não só aqueles que executam os actos criminosos estão sujeitos a responsabilidade criminal, mas também os que registam a presença de internados, os que lhes prestam auxílio médico, os que os alimentam, etc. Antonio Cassese vai ainda mais longe ao fornecer dois exemplos retirados da experiência do campo de detenção de Auschwitz: o primeiro vai no sentido em que o agente, cuja única função era, logo após a chegada dos comboios, separar os aptos para trabalhar e os que deveriam ser imediatamente abatidos, se insere neste caso; e o segundo dispõe que os condutores das locomotivas que transportaram os detidos também poderiam ser responsabilizados por participar no extermínio, sempre que soubessem o que estava a acontecer àquelas pessoas que transportavam. Com o mesmo propósito, Elies van Sliedregt⁸¹ acrescenta que, embora a posição de autoridade num destes campos possa ser considerada como preenchendo os elementos objectivos, já no que respeita aos elementos subjectivos, estes devem ser sujeitos a prova, chamando a atenção para o facto de que neste tipo de organização, as posições mais baixas, como uma simples sentinela ou o pessoal da limpeza, dificilmente preenche este elemento subjectivo. Antonio Cassese fornece⁸² como jurisprudência a estudar os seguintes casos: *Alfons Klein and others (Hadamar case - United States Military Commission)*⁸³ e *Kvočka (n.º ICTY 2001)*⁸⁴. Note-se, com particular destaque que, neste segundo modo de determinação da responsabilidade, não é necessário a existência de um plano ou acordo prévios, mas apenas actos praticados por um grupo de indivíduos, reconhecidamente

⁸¹ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 97.

⁸² Mais detalhes ver Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2008, p.196.

⁸³ *Sitting at Wiesbaden*, 15 October, 1946.

⁸⁴ *Kvočka et al. (IT-98-30/1) Omarska, Keraterm & Trnopolje Camps*. [Em linha] [Acesso em 23 de Dezembro 2009]. <http://www.icty.org/cases/party/721/4>.

participantes activos e conscientes da existência de um sistema organizado com o fim de cometer tais crimes, como aliás refere a jurisprudência do caso *Duško Tadić* (n.º IT-94-1A)⁸⁵.

4.3.3. - O caso das associações criminosas no sentido das *joint criminal enterprises*

“Este conceito está particularmente vocacionado para a determinação da responsabilidade dos chefes militares e das figuras políticas, por crimes planeados por eles, mas cometidos por outros”.

*Elies van Sliedregt*⁸⁶

Este caso é também designado por responsabilidade criminal incidental, baseada na previsão e assumpção voluntária do risco (Antonio Cassese)⁸⁷, ou responsabilidade pela associação criminosa III acrescida (Kai Ambos)⁸⁸ ou, ainda simplesmente, por terceira categoria (Elies van Sliedregt)⁸⁹. Poderemos considerar que, nas duas categorias anteriores, o elemento subjectivo exigido para todos os agentes era idêntico, garantindo a existência de uma intenção comum durante a prática dos actos criminosos, divergindo, no segundo caso, na não necessidade da existência de um plano prévio. Neste terceiro caso, talvez o mais controverso

⁸⁵ *Duško Tadić* (IT-94-1A), Judgement, 15 de Julho de 1999 - §202. The second distinct category of cases is in many respects similar to that set forth above, and embraces the so-called “concentration camp” cases. The notion of common purpose was applied to instances where the offences charged were alleged to have been committed by members of military or administrative units such as those running concentration camps; i.e., by groups of persons acting pursuant to a concerted plan. Cases illustrative of this category are Dachau Concentration Camp, decided by a United States court sitting in Germany and Belsen, decided by a British military court sitting in Germany. In these cases the accused held some position of authority within the hierarchy of the concentration camps. Generally speaking, the charges against them were that they had acted in pursuance of a common design to kill or mistreat prisoners and hence to commit war crimes. In his summing up in the Belsen case, the Judge Advocate adopted the three requirements identified by the Prosecution as necessary to establish guilt in each case: (i) the existence of an organized system to ill-treat the detainees and commit the various crimes alleged; (ii) the accused’s awareness of the nature of the system; and (iii) the fact that the accused in some way actively participated in enforcing the system, i.e., encouraged, aided and abetted or in any case participated in the realization of the common criminal design. The convictions of several of the accused appear to have been explicitly based upon these criteria. [Em Linha] [Acesso em 23 de Dezembro de 2009]. <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>.

⁸⁶ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 101.

⁸⁷ *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 199 – Incidental criminal liability based on foresight and voluntary assumption of the risk.

⁸⁸ “... the so-called ‘extended’ joint enterprise where one of the co-perpetrators actually engages in acts going beyond the common plan but his or her acts still constitute a ‘natural and foreseeable consequence’ of the realization of the plan (hereinafter JCE III)”. *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p.159.

⁸⁹ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 97.

de todos, diz respeito à responsabilidade pela existência de um objectivo comum, em que um agente que executa um acto criminoso está fora do objectivo comum⁹⁰. Todavia, este acto fora da “common purpose” é a consequência natural e previsível da existência de um objectivo comum. Nesta categoria de determinação de responsabilidade, esta apenas existe que o participante, ainda que não tenha dolo relativamente ao acto cometido pelo agente do crime, estava em posição de o prever e mesmo assim aceitou o risco da sua ocorrência como um processo natural. Digamos que existe responsabilidade por um crime diferente daquele que constava da intenção da associação criminosa, mas que era não só uma (1) consequência previsível dessa mesma intenção inicial partilhada pela associação criminosa, mas também tinha sido (2) aceite o risco desta se vir a realizar.

Elies van Sliedregt explica que este conceito está particularmente vocacionado para a determinação da responsabilidade dos chefes militares e das figuras políticas, por crimes planeados por eles, mas cometidos por outros e afirma mesmo que os exemplos que ilustram esta característica são os casos do Presidente Milosević, do General Krstić e da Senhora Plavsić (ICTY).⁹¹

⁹⁰ Duško Tadić (IT-94-1A), Judgement, 15 de Julho de 1999 - §204. The third category concerns cases involving a common design to pursue one course of conduct where one of the perpetrators commits an act which, while outside the common design, was nevertheless a natural and foreseeable consequence of the effecting of that common purpose. An example of this would be a common, shared intention on the part of a group to forcibly remove members of one ethnicity from their town, village or region (to effect “ethnic cleansing”) with the consequence that, in the course of doing so, one or more of the victims is shot and killed. While murder may not have been explicitly acknowledged to be part of the common design, it was nevertheless foreseeable that the forcible removal of civilians at gunpoint might well result in the deaths of one or more of those civilians. Criminal responsibility may be imputed to all participants within the common enterprise where the risk of death occurring was both a predictable consequence of the execution of the common design and the accused was either reckless or indifferent to that risk. [Em Linha] [Acesso em 23 de Dezembro de 2009]. <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>.

⁹¹ The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law, 2003, p. 101.

4.3.4. - Associações criminosas vs cúmplices e encobridores

“A grande diferença entre ambos reside no seu elemento subjectivo”.

Citado do texto que se segue

Vistos que foram ambos os conceitos, importa precisar a diferença entre eles, no sentido em que ambas as figuras determinam diferentes formas de determinação da responsabilidade. Assim, cúmplices e encobridores são meros facilitadores do crime perpetrado pelo designado “agente principal” ou autor, não sendo necessária a prova da existência de qualquer plano de acção comum entre eles. Trata-se de uma actuação de assistência, encorajamento e/ou apoio moral para a execução de um determinado crime, tendo esta actuação um efeito substancial na execução do crime. Como vimos, o cúmplice ou encobridor deve conhecer os elementos essenciais do crime cometido pelo autor, designadamente o seu elemento subjectivo. Todavia, cúmplices e encobridores não necessitam de partilhar o elemento subjectivo do autor do crime, mas apenas detêm o dolo da assistência que praticam.

Pelo contrário, no caso da associação criminosa, o elemento central é o “common purpose” e a grande diferença entre ambos os modos de determinação da responsabilidade reside no seu elemento subjectivo, mens rea, uma vez que, relativamente ao seu elemento objectivo, actus reus, em ambos os casos se exige uma contribuição substancial para a execução do crime. Na figura da associação criminosa, ao contrário das figuras dos cúmplices e encobridores, exige-se que o participante, ao tomar parte num plano criminoso comum, possua o dolo do crime que vier a ser praticado ou, ao participar numa organização/instituição com um fim criminal, partilhe o dolo das condutas que vierem a ser praticadas no âmbito dessa organização ou ainda, quando aderir a um plano criminoso, partilhe o dolo das condutas que se vierem a produzir em resultado desse mesmo plano, aceitando o risco de que outras condutas que não as que constavam do plano inicial possam vir a ter lugar, como uma decorrência normal desse plano criminoso. O dolo a que nos referimos pode existir na forma de dolo ou como dolo eventual. A grande diferença entre ambas as figuras (associações

criminosas por um lado e cúmplices e encobridores por outro) reside, pelos motivos apresentados, no seu elemento subjectivo. Daí a qualificação de cúmplice ou encobridor ser menos censurável que a qualificação como participante numa associação criminosa.

4.3.5. - A responsabilidade relativa à cumplicidade nos crimes de grupo no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

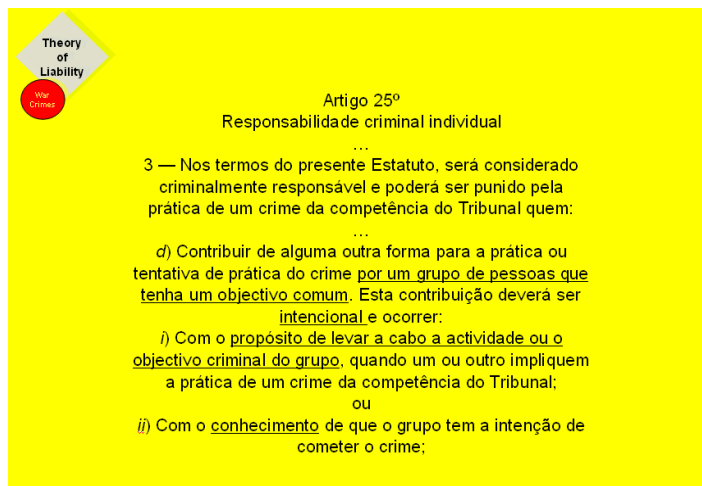
“... many crimes perpetrated in wartime, warrants the conclusion that international criminal responsibility embraces actions perpetrated by a collectivity of persons in furtherance of a common criminal design”.

*Duško Tadić case*⁹²

A responsabilidade relativa à cumplicidade nos crimes de grupo no Estatuto do Tribunal penal Internacional, isto é, a aplicabilidade da norma da alínea d) do n.º 3 do artigo 25º, deve fazer-se tendo em consideração que esta mesma norma não regula em detalhe a teoria relativa à associação criminosa, como a acabamos de expor. A questão deve colocar-se no sentido de saber se esta norma comporta ou não todas as categorias identificadas no caso *Duško Tadić*. Observemos com detalhe a norma, (sublinhados nossos).

Encontramos o elemento mental requerido pela norma na expressão “Contribuir (intencional) ... para a prática... do crime... que tenha um

objectivo comum”. Esta intencionalidade inclui o elemento cognitivo (conhecer) e volitivo (querer). Todavia, as subalíneas (i) e (ii) graduam este elemento mental de duas formas. No



Artigo 25º
Responsabilidade criminal individual

...

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

...

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

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

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

⁹² (IT-94-1A) Judgement, 15 de Julho de 1999 - §193.

caso da subalínea (i) o *mens rea* significa conhecer o propósito criminal do grupo e querer, especificamente, levar a cabo aquela actividade ou aquele objectivo comum. Neste aspecto, a norma da subalínea (i) da alínea d) do n.º 3 do artigo 25º parece comportar o caso clássico de execução conjunta ou co-execução. No caso da subalínea (ii) parece que a exigência relativa ao elemento mental não é tão forte, uma vez que sugere que não é necessário partilhar o dolo do autor, bastando apenas o conhecimento do propósito criminal do grupo. Uma vez mais, a norma da subalínea (ii) da alínea d) do n.º 3 do artigo 25º parece comportar o caso especial dos campos de concentração. *Elies van Sliedregt*⁹³ e *Antonio Cassese*⁹⁴ estão de acordo relativamente ao facto de se poder subsumir as duas primeiras categorias de criminalidade colectiva: O caso clássico de execução conjunta ou co-execução e o caso especial dos campos de concentração, respectivamente. O ponto divergente parece ser a inclusão, na alínea d) do n.º 3 do artigo 25º, da terceira categoria relativa ao caso das associações criminosas propriamente ditas. Vejamos os argumentos e a posição adoptada.

Para *Antonio Cassese*, a alínea d) do n.º 3 do artigo 25º inclui também a terceira categoria relativa ao caso das associações criminosas propriamente ditas, uma vez que esta categoria, ao exigir a existência de dolo eventual, encaixa na perspectiva do “otherwise provided” do artigo 30º, que, como já sabemos, exclui como *mens rea* dos crimes do Estatuto o dolo eventual.

Sobre esta matéria temos uma posição mais consistente com a defendida por *Elies van Sliedregt*, no sentido em que o requisito da existência do dolo eventual no terceiro caso das associações criminosas propriamente ditas, está ligado à previsibilidade (e aceitação) do risco. Ora, a subalínea (ii) da alínea d) do n.º 3 do artigo 25º não incorpora a denominada responsabilidade colateral, uma vez que exige o conhecimento da intenção do grupo. Existe responsabilidade por um crime diferente daquele que constava da intenção da associação criminosa, mas que era não só uma (1) consequência previsível dessa mesma intenção inicial partilhada pela associação criminosa, mas também tinha sido (2) aceite o risco desta se vir a

⁹³ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 108.

⁹⁴ *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 212.

realizar. A norma da subalínea (ii) exige o conhecimento de que o grupo tem a intenção de cometer aquele crime, facto que não pode ser subsumido no terceiro caso, uma vez que o agente não conhece a que a intenção do grupo é aquele ilícito criminal atribuível, à margem do objectivo comum. Ou seja, por outras palavras, a responsabilidade por pertença ao grupo (membership), no contexto da uma associação criminosa, não está contemplada no regime do artigo 25º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

4.4. Breves notas sobre o problema da acção e da omissão

“Por outras palavras, está em causa o problema da equiparação da omissão à acção nos tipos de crime de resultado”.

A. Taipa de Carvalho⁹⁵

A maior parte dos sistemas legais nacionais⁹⁶ e também o português⁹⁷ aceitam a regra em que, “o comportamento comissivo por omissão (no sentido em que o agente não afasta o perigo)” pode ser equiparado ao “comportamento comissivo por acção em sentido lato”, desde que se verifiquem três condições: a realização de um resultado, a existência de um dever jurídico pessoal de impedir a realização do resultado e ainda um nexo de causalidade entre a omissão e a produção do resultado. Ensina Taipa de Carvalho que “a omissão de determinada acção, ético-socialmente exigível, na medida em que a prática desta acção seja necessária para salvaguardar interesses ou valores... pode ser juridicamente imposta e, portanto, tipificada como crime... conclui-se que tanto as acções como as omissões podem ser objecto da ordem jurídico penal... são criadas normas de determinação de condutas: normas de proibição das

⁹⁵ Direito Penal, Parte Geral, volume II, p. 419.

⁹⁶ Chantal Meloni em *Command Responsibility Mode of Liability for crimes of Subordinates or Separate Offense of the Superior?*, 2007, p. 635 nota 96 in fine: “The principal of “commission by omission” is not recognized by every national system: it is not recognized in France, but is recognized in Italy and Germany.” O sistema legal francês tem apresentado as maiores reservas a esta figura, com base no princípio da legalidade estrita, mantendo que não há responsabilidade de uma comissão por omissão. Só no Código Penal de 1994 a França aceitou, no artigo 233º- 6 (2), o dever de assistência a uma pessoa em perigo, aceitando a prática de crimes na perspectiva das omissões genuínas.

⁹⁷ Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel de Simas Santos, *Código penal Anotado*, 2ª edição Rei dos Livros, 2000, p. 162 “... A existência de um dever jurídico, criado para impedir o resultado, é, hoje o ponto mais extremo que legalmente se pode conceber no sentido de alargar a equiparação da omissão à acção no domínio do Direito Penal”; Américo A. Taipa de Carvalho – *Teoria Geral do Crime*, Vol. II, p. 425.

acções adequadas a lesar ou a por em perigo os bens jurídico-penais (tipos de crime de acção) e normas de imposição de acções adequadas a evitar a lesão ou perigo de bens jurídico-penais (tipos de crime por omissão)”⁹⁸.

“A conduta, o comportamento humano, a acção em sentido lato como juízo teleológico, como negação de valores ou de interesses pelo homem, é o ponto de partida de toda a elaboração do direito penal criminal, abrangendo tanto a acção como a omissão, como referência ao resultado por ela produzido”⁹⁹. Nas omissões viola-se o dever de agir¹⁰⁰, o dever de actividade dirigido a evitar a negação de valores, que se espera num determinado contexto. Valora-se o que o agente deixa de fazer para afastar o perigo ou para não o diminuir. No que concerne às omissões, embora em ambas haja uma omissão que não afasta o perigo, estas podem designar-se por omissões directas ou genuínas (crimes omissivos próprios ou de pura omissão) e por comissão por omissão¹⁰¹ (crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão). Nas primeiras, incluem-se todas as que se perfazem com a simples abstenção da realização de um acto, independentemente de um resultado posterior (crimes de mera conduta ou crimes formais onde o resultado não é elemento do tipo). O resultado é imputado ao sujeito pela simples omissão normativa. O preenchimento deste delito resulta tão-só de o agente não levar a cabo alguma coisa que se lhe exige.¹⁰² Nas segundas, isto é, nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, o sujeito permite a produção de um resultado posterior que os condiciona. Nestes crimes, a simples omissão não constitui crime¹⁰³, mas há a realização ou perigo de realização de um evento na medida em que o agente não o evita. Nesta categoria, o preenchimento do tipo legal de crime resulta de o agente deixar de levar a cabo uma actividade que obstará à produção do evento descrito no tipo.¹⁰⁴

⁹⁸ Américo A. Taipa de Carvalho – Teoria Geral do Crime, Vol. II, p. 411.

⁹⁹ Citado a partir dos comentários ao artigo 10º do Código Penal – Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel de Simas Santos, Código Penal Anotado, 2ª edição Rei dos Livros, 2000, p. 160.

¹⁰⁰ Cavaleiro Ferreira, Lições de Direito Penal, 1987, p. 65-67.

¹⁰¹ Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel de Simas Santos, Código Penal Anotado, 2ª edição Rei dos Livros, 2000, p. 162. Estes autores consideram ainda os designados crimes de conduta mista, os crimes omissivos próprios que possuem uma acção inicial e uma omissão final, como é o caso da apropriação ilegítima de uma coisa achada. Comissão por omissão designa-se na terminologia alemã “unechte Unterlassungsdelikte” e na terminologia anglo-saxónica “indirect omissions”.

¹⁰² Eduardo Correia, Direito Criminal, Almedina, 1999, p. 286.

¹⁰³ Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel de Simas Santos, Código Penal Anotado, 2ª edição Rei dos Livros, 2000, p. 162.

¹⁰⁴ Eduardo Correia, Direito Criminal, Almedina, 1999, p. 286.

Nesta perspectiva, e conscientes que na doutrina internacional não há amplo consenso sobre a questão, consideramos que as alíneas a) e b) do artigo 28º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional no que respeita à expressão “... não exercer um controlo apropriado sobre as suas forças/não ter exercido um controlo apropriado sobre esses subordinados”, referem-se a crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, porquanto o ilícito não é apenas constituído pela mera omissão da acção. Na verdade, ainda que tenha lugar a violação do dever de acção, só há crime com a produção do resultado. Apesar de não se impor qualquer dever jurídico pessoal de impedir a ocorrência de um resultado, uma vez que apenas obriga o chefe militar a adoptar “todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal”¹⁰⁵, só há responsabilidade para o comandante ou superior hierárquico no momento em que as consequências da sua omissão se tornam visíveis, quer através da tentativa, quer da comissão dos crimes pelos seus subordinados. As consequências ou o resultado são um dos elementos materiais do conceito de responsabilidade de comando, como veremos no Capítulo 4.

Para os Tribunais ad hoc, designadamente nos casos Baškić¹⁰⁶, Kvoca¹⁰⁷ e Kambanda¹⁰⁸, os crimes de guerra e o crime genocídio respectivamente podem ser cometidos através de actos e de omissões. Todavia, a gama de situações de responsabilidade individual abrangidas pelo artigo 25º parece ser complementada com uma norma específica sobre a responsabilidade de comando: o artigo 28º. Esta norma constitui, no dizer de Kai Ambos¹⁰⁹, a clássica norma que estende a responsabilidade individual à omissão: o superior é punido desde que não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ... Ainda segundo o mesmo autor, a Conferência de Roma

¹⁰⁵ Artigo 28º, alínea a) (ii) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

¹⁰⁶ Baškić Judgement, §154 e 186.

¹⁰⁷ Referindo-se a Tadić Appeal Judgment §251: “The actus reus requires for committing a crime is that the accused participated, physically or otherwise directly in the material elements of the crime under Tribunal’s Statute, through positive acts or omissions, whether individually or jointly with others. The requirement mens rea is that, as in other forms of criminal participation under article 7(1) the accused acted in awareness of the substantial likelihood that a criminal act or omission would occur as a consequence of his conduct”.

¹⁰⁸ Kambanda Judgement, § 40.

¹⁰⁹ Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 492.

de 1998 perdeu a oportunidade de incluir uma norma específica sobre a omissão, norma essa que constava do draft final, mas que foi retirada pelas dificuldades que causava a definição de omissão para se chegar a um consenso.¹¹⁰ Para além deste facto, foi apresentado o argumento de que a responsabilidade por omissão do artigo 28º seria suficiente para resolver o problema da responsabilização individual e que apenas este artigo pode e deve criar responsabilidade por omissão. Assim, o princípio *nullum crimen sine lege* parece trazer alguns problemas quando se procura basear a responsabilidade por actos de omissão relativamente aos tipos de crime que não prevêem expressamente tal tipo de responsabilidade por omissão.

Elies van Sliedregt oferece-nos uma perspectiva diferente. A comissão de um crime por omissão, explica a autora, “deve ser entendida como uma conduta, e como tal, deve ser sujeita à esfera de acção de qualquer sistema criminal, incluindo o do Tribunal Penal Internacional. Os crimes enumerados no Estatuto perderão uma boa parte do seu âmbito se os limitarmos a actos físicos e positivos”¹¹¹ (tradução do autor) ... excepção feita aos crimes que impliquem acção, tais como “destruição da propriedade” ou “pilhagem de uma localidade” onde deve aplicar-se o princípio *nullum crimen sine lege* do artigo 22º. Acrescenta ainda que o artigo 22º se aplica apenas aos crimes tipificados no Estatuto e não aos vários modos de responsabilidade criminal enumerados pelo artigo 25º. Além deste argumento, o reconhecimento da omissão pelos Tribunais *ad hoc* deve sugerir fortemente uma coerência internacional nesta matéria, bem como “os Princípios Gerais de Direito que o Tribunal não pode negar como fonte de direito”¹¹². Logo no n.º 2 do artigo 25º usa-se o termo “cometer”, termo este que deve ser, portanto, extensivo à responsabilidade por omissão. Por outras palavras, o silêncio do legislador internacional não deve excluir a responsabilidade por omissão do artigo 25º, até porque os conceitos de instigador, de cúmplice e de encobridor são suficientemente extensos para comportar acto de comissão por acção e por omissão.

¹¹⁰ UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14 April 1998).

¹¹¹ The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law, 2003, p. 55, 66 e 67.

¹¹² Elies van Sliedregt - The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law, 2003, p. 67.

Em conclusão, *Elies van Sliedregt*¹¹³, parece não concordar com a ideia defendida por *Kai Ambos*¹¹⁴, no sentido em que o artigo 28º se refere a uma norma que estende a responsabilidade individual à omissão, uma vez que essa mesma responsabilidade por omissão, segundo esta autora, já existe. Antonio Cassese é muito claro ao tomar posição sobre esta questão da seguinte maneira: “a responsabilidade internacional pode existir não apenas em resultado de um acto positivo ou de uma conduta (matar um civil inimigo, destruição ilegal de peças de arte, etc.) mas também de actos de omissão, isto é, de uma falha em agir. Os actos de omissão são apenas criminalizados quando o direito impõe uma clara obrigação de acção e o agente dotado de um elemento subjectivo (conhecimento e vontade), falha em agir conforme as exigências do direito... (tradução do autor)”¹¹⁵. Mas talvez mais interessante que transcrever esta posição de Antonio Cassese seja compreender as razões históricas e de direito que este autor aduz para justificar a sua posição. As razões históricas fundamentam-se no facto de que o primeiro acervo de direito internacional humanitário e até do direito internacional humanitário tradicional ou clássico, tender a proibir acções ou, por outras palavras, tender a impor aos combatentes obrigações de não se envolverem em acções contrárias a esse mesmo direito, por exemplo, no que respeita à destruição de hospitais ou à morte de civis não combatentes. Este acervo humanitário clássico limitou-se a impor obrigações positivas de acção. Uma das razões apontadas para que tal tivesse acontecido foi o facto de que o direito internacional humanitário clássico ter respeitado largamente a soberania dos Estados e, por isso, ter apenas procurado regular os comportamentos mais censuráveis, na perspectiva de que o direito interno destes mesmo Estados fizesse o resto. Foi o pós-guerra e a necessidade de protecção das vítimas dos conflitos armados que veio impor o dever de acção positiva protectiva e, consequentemente, criminalizou as falhas a este dever de acção. As Convenções de Genebra de 1949 e, mais tarde, em 1977, os Protocolos Adicionais são testemunhos deste

¹¹³ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p.93-94: “complicity by omission should therefore enter in the ICC Statute through article 21 as a rule of customary international law”.

¹¹⁴ *Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC*, p. 492.

¹¹⁵ *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 233.



facto, designadamente através dos artigos 12º, 16º, 17º GCI; 12º CG II; 14º, 15º, 29º, 60º CG III; 55º, 56º CG IV e 36º, 76º, 77º AP I.

De entre esse conjunto de normas internacionais que surgiram após a II Guerra Mundial, normas essas que determinavam deveres de realizar comportamentos protectivos no sentido de reforçar a implementação do direito internacional humanitário, surgiu uma classe de responsabilidade individual por omissão, que é justamente a responsabilidade dos superiores.

Voltaremos, por certo no Capítulo 5, a esta temática da omissão, para procurar apurar de que tipo de norma se trata afinal no artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

4.5. Breves notas sobre a tentativa e a desistência no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

“A tentativa traduz-se na prática de actos de execução de um crime, que não se consuma, por circunstâncias independentes à vontade do agente”.

Henrique Salinas¹¹⁶

Como muito bem explica entre nós Henrique Salinas, “a tentativa traduz-se na prática de actos de execução de um crime que o agente decidiu cometer, mas que não se consuma, por circunstâncias independentes à sua vontade”¹¹⁷. A alínea f) do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto de Roma torna claro que a tentativa é punível. Todavia, importa compreender as dificuldades que estão por detrás desta norma. Na verdade, a responsabilidade pela tentativa, como explica Kai Ambos¹¹⁸, apesar de não estar autonomamente reconhecida nos Estatutos dos Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, nem nos Estatutos dos Tribunais ad hoc, sempre foi implicitamente criminalizada através da preparação e do planeamento de um crime, em

¹¹⁶ Adaptado de Direito e Justiça, 2006, p. 78.

¹¹⁷ Direito e Justiça, 2006, p. 78.

¹¹⁸ Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 488.

especial na guerra de agressão. Assim sendo, compreende-se a inclusão de uma norma sobre o problema da tentativa nos diferentes projectos do Código da Comissão de Direito Internacional¹¹⁹ e também no Estatuto de Roma. Talvez seja, no entanto, por um lado, de estranhar um pouco a sua inserção sistemática no artigo 25º, como se fosse uma modalidade de comparticipação criminosa, mas por outro, pode até aceitar-se, uma vez que as regras da tentativa, à semelhança das regras de comparticipação criminosa, são regras de extensão da tipicidade.

Para Kai Ambos, a tentativa define-se como o começo da execução¹²⁰ dos actos substanciais para a sua execução. Esta definição é a combinação das soluções francesa e americana e foi usada em 1991 no Projecto do Código da Comissão de Direito Internacional (artigo 3º, §3) e no projecto de 1996 (artigo 2º, §3, (g)). A questão fundamental, contudo, que ainda se mantém, é a de saber qual é o momento, de acordo com a definição, em que a tentativa realmente se inicia, sendo claro que os actos preparatórios não estão incluídos, uma vez que não representam o começo da execução. Uma coisa parece contudo certa: é que a tentativa pressupõe, de acordo com a alínea f) do n.º 3 do artigo 25º, que todos os elementos mentais do crime estejam completos e que só o lado material esteja de alguma maneira incompleto¹²¹. Vejamos a tabela seguinte:

¹¹⁹ 1954 Draft Code, article 2º §13 (iv); 1991 Draft Code, article 3º §3; 1996 Draft Code, article 2º §3 (g).

¹²⁰ Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 488: "Attempt is defined as the commencement of execution (of "such a crime") by means of a substantial step".

¹²¹ Otto Triffterer, Command Responsibility – crimen suis generis or participation as "otherwise provided" in the article 28º Rome Statute, p. 912.

Diário da República, 1ª Série - A, de 18 de Janeiro de 2002	
Article 25º Individual criminal responsibility 3 — In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: f) Attempts to commit such a crime by <u>taking action that commences its execution by means of a substantial step</u>, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose. (Versão francesa) Actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un <u>commencement d'exécution</u> (artigo 121º-5 do Code Pénal Français), isto é, "tout acte qui tend directement au délit"¹²².	Artigo 25º Responsabilidade criminal individual 3 — Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: f) Tentar cometer o crime mediante <u>actos que contribuam substancialmente para a sua execução</u>, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso. (Versão Espanhola) Actos que supongan un paso importante para su ejecución, isto é, nem sequer fala do começo da execução, mas de actos que traduzam um passo importante para a sua execução.
Artigo 22.^{o123} (Tentativa) 1 - Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se. 2 — São actos de execução: a) <u>Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime</u>; b) <u>Os que forem idóneos a produzir o resultado típico</u>; ou c) <u>Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.</u>	
The ILC commentary explained that "commencement of execution" indicates that "the individual has performed an act which constitutes a significant step towards the completion of the crime". Consequently, there is no requirement that the crime in question be partly executed, i.e., <u>the person need not have realized one or more elements of the crime</u>¹²⁴.	

Detectamos alguns elementos controvertidos comuns relativamente ao momento em que se considera a existência de actos de execução. Um deles é que as diversas traduções se dividem entre o início da execução (em língua inglesa e francesa) e outras entre a prática de actos que traduzem um passo importante para a sua execução (versões portuguesa e espanhola), isto é, num momento anterior às traduções anteriores. Um outro é que o artigo 22º

¹²² H. Pelletier/J. Perfetti, Code Pénal 1997-1998 20 (10th ed. 1997).

¹²³ Do Código Penal, na redacção republicada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

¹²⁴ Kai Ambos em Commentary on the Rome Statute of the ICC, p. 489.



do Código Penal fornece pistas sobre o início da execução que parecem ser mais exigentes que o comentário da Comissão de Direito Internacional, uma vez que esta admite que nem sequer seja necessário realizar parcialmente um crime.

O que parece ser mais ou menos consensual na tentativa não é o momento em que a execução se inicia, mas o facto de que se o crime não chegou a consumir-se. Se a ofensa não se completou, esse facto é independente do elemento subjectivo do seu agente, que não se alterou. Antonio Cassese¹²⁵ distingue dois casos que procuram ser ilustrativos desta ideia: no primeiro o autor inicia a execução com meios capazes de produzir o resultado, mas é impedido de a realizar por terceiros; no segundo, o autor, apesar dos seus esforços utilizando meios capazes de produzir o resultado pretendido, não consegue obter os efeitos desejados. Por outras palavras, o autor, em ambos os casos, está equipado com o seu *mens rea*, tal como se a ofensa se consumasse, o que falta é apenas completar o *actus reus*. O mesmo autor, partindo desta ideia, identifica os requisitos de punibilidade da tentativa, nos termos da primeira parte da alínea f) do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional:

- A conduta do agente deve dar início claro ao começo da execução, com vista à prática do crime (actos preparatórios excluídos);
- A conduta do agente deve demonstrar a intenção de cometer o crime (aqui nada se diz sobre a tentativa impossível);
- A ineficiência da conduta relativamente aos resultados desejados deve ficar a dever-se a circunstâncias externas ao agente.

A segunda parte da alínea f) do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto de Roma exclui a punibilidade do agente, em caso de desistência.¹²⁶ Como também muito bem explica entre nós

¹²⁵ *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 224.

¹²⁶ Acórdão de Supremo Tribunal Administrativo n.º 98P852, de 29 Outubro 1998 – “Para que haja “desistência da tentativa”, não basta que o arguido deixe de prosseguir, materialmente, a execução do crime, por meras razões de estratégia, em face da dificuldade ou impossibilidade com que, sem contar, deparou na concretização do seu projecto criminoso ou por receio da intervenção de terceiros, designadamente, de agentes de autoridade. II - Com efeito, a desistência só é relevante se, por auto-inversão psicológica, o arguido, voluntária e espontaneamente, por motivos próprios, assumidos, de reconsideração, “revogar” a sua anterior decisão de cometer o crime. III - Logo, se o arguido, perante a inesperada dificuldade na abertura de veículo automóvel de outrem, desiste da subtração do rádio que se encontrava no seu interior e se dirige a outros veículos que, no mesmo local, se encontravam estacionados, com a intenção de subtrair objectos instalados ou deixados dentro deles, deve entender-se que não se verifica “desistência voluntária” daquela tentativa de furto”.

Henrique Salinas¹²⁷, a desistência é definida como a renúncia total e voluntária ao propósito criminoso e que pode ser lugar quer na tentativa inacabada (desistência em sentido estrito), quer na tentativa acabada ou arrependimento activo. No que respeita à punição da tentativa, nada é dito, pelo que se deverá concluir que a medida da responsabilidade do agente é igual no crime consumado e no crime tentado. Eventuais diferenciações só poderão ter lugar na determinação da medida concreta da pena, nos termos do Regulamento Processual.¹²⁸ A questão da desistência, explica Kai Ambos¹²⁹, foi incluída no último minuto tendo em conta uma proposta japonesa apoiada pela Alemanha, Argentina e outros Estados. Esta inclusão era necessária, uma vez que este é um princípio reconhecido pelos modernos sistemas jurídicos e também um verdadeiro princípio de direito internacional e, deve dizer-se, constitui um incentivo ao agente para demover-se da sua execução. Talvez esta ideia de uma inclusão do tipo “last minute” explique as críticas apontadas por Henrique Salinas¹³⁰, no sentido em que esta regulamentação deixa por resolver várias questões, entre estas, a punibilidade da tentativa impossível, o regime da desistência nos casos de comparticipação e a relevância do esforço sério não eficaz.

4.6. Cumplicidade depois do facto

“... There is no basis in conventional or customary law for holding a commander criminally responsible for the acts of persons who were not his subordinates when they committed the acts.”

Enver Hadžihasanović Case¹³¹

¹²⁷ *Direito e Justiça*, 2006, p. 78.

¹²⁸ *International Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence*, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000). [Em Linha] [Acesso em 11 de Fevereiro de 2009]. <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/iccrulesofprocedure.html>.

¹²⁹ *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, p. 490.

¹³⁰ *Direito e Justiça*, 2006, p. 80.

¹³¹ *The Prosecutor vs Enver Hadžihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura, Interlocutory Appeal on Decision on Joint Challenge to Jurisdiction*, 27 November 2002, §123.



Vários casos marcaram a jurisprudência internacional sobre a cumplicidade depois da prática do facto, nos tribunais *ad hoc*. Os mais significativos sobre esta matéria parecem ter sido: *Zlatko Aleksovski* (IT-45-14-T), 25 de Junho de 1999¹³², *Duško Tadić* (IT-94-01) Trial Chamber II, 7 de Maio de 1999¹³³, *Miroslav Kvočka* (IT-98-30-T), 2 de Novembro de 2001¹³⁴, *Enver Hadžihasanović and Amir Kubura* (IT-01-47) 27 de Novembro de 2002¹³⁵ e *Tihomir Blaskić* (IT-95-14-A) de 29 de Julho de 2004.¹³⁶ Podemos afirmar que a jurisprudência internacional parece aceitar, no caso de comparticipação, a existência de responsabilidade por actos praticados depois dos factos típicos. Do mesmo modo, parece haver também a possibilidade de responsabilizar, nos termos do n.º 3 do artigo 7º (do Estatuto do ICTY) os comandantes por crimes dos seus subordinados, quando o comandante o descubra, depois da prática do acto. Bem sabemos que, em princípio, não existe uma base legal em termos do direito voluntarista ou consuetudinário para responsabilizar um comandante criminalmente por actos praticados por pessoas que, no momento da prática dos crimes, não eram seus subordinados. Todavia, devemos considerar duas situações distintas. Uma situação

¹³² §62. The forms of participation recognised as sufficient in customary international law are not limited to physical assistance provided while the unlawful act is being committed. The Trial Chamber seized of the *Tadić* case noted that “the fact that participation in the commission of the crime does not require an actual physical presence or physical assistance appears to have been well accepted at the Nuremberg war crimes trial”. Participation may occur before, during or after the act is committed. It can, for example, consist of providing the means to commit the crime or promising to perform certain acts once the crime has been committed, that is, behaviour which may in fact clearly constitute instigation or abetment of the perpetrators of the crime. For that reason, as stated by the Trial Chamber seized of the *Tadić* case, “the act contributing to the commission and the act of commission itself can be geographically and temporally distanced”.

¹³³ §690 ... “the act contributing to the commission and the act of commission itself can be geographically and temporally distanced”.

¹³⁴ §256. Aiding or abetting may consist of an act or an omission and may take place before, during, or after the commission of a crime perpetrated by another and be geographically separated therefrom. To aid or abet by omission, the failure to act must have had a significant effect on the commission of the crime.

¹³⁵ *The Prosecutor vs Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura, Interlocutory Appeal on Decision on Joint Challenge to Jurisdiction*, 27th November 2002: Second Ground of Appeal: The Trial Chamber erred in law when it concluded that “in principle a commander can be liable under the doctrine of command responsibility for crimes committed prior to the moment that the commander assumed command”... 122. Article 7º (3) permits commanders to be held criminally responsible for unlawful acts when the commander discovers after the event of the acts... 123. As a matter of principle, there is no basis in conventional or customary law for holding a commander criminally responsible for the acts of persons who were not his subordinates when they committed the acts.

¹³⁶ §48. The Trial Chamber in this case went on to state: Proof that the conduct of the aider and abettor had a causal effect on the act of the principal perpetrator is not required. Furthermore, participation may occur before, during or after the act is committed and be geographically separated there from. The Appeals Chamber reiterates that one of the requirements of the *actus reus* of aiding and abetting is that the support of the aider and abettor has a substantial effect upon the perpetration of the crime. In this regard, it agrees with the Trial Chamber that proof of a cause-effect relationship between the conduct of the aider and abettor and the commission of the crime, or proof that such conduct served as a condition precedent to the commission of the crime, is not required. It further agrees that the *actus reus* of aiding and abetting a crime may occur before, during, or after the principal crime has been perpetrated, and that the location at which the *actus reus* takes place may be removed from the location of the principal crime.

é o caso de um comandante militar ou de um superior hierárquico que, antes de assumir funções, é responsabilizado como participante relativamente a actos por ele praticados, depois da ocorrência de um crime. Neste caso, a sua condição de comandante não é relevante para a aplicação da responsabilidade, uma vez que tal acontece nos termos do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e é uma situação, como vimos, pacífica para a jurisprudência internacional. Outro caso é o comandante militar que, após assumir funções, descobre a existência de um crime praticado pelos seus subordinados, ainda que no momento da prática desse crime esses subordinados não estivessem sob o seu comando e controlo. Esta segunda situação é, no nosso ponto de vista, relevante nos termos da responsabilidade do artigo 28º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Voltaremos a analisar o caso da responsabilidade após a prática do facto no Capítulo 5, a propósito do tema “O comandante é criminalmente responsável por que factos (*ratione materie*)?”.

4.7. A responsabilidade dos Estados vs responsabilidade dos indivíduos

*“Those who cannot remember the past are
condemned to repeat it”.*

George Santayana¹³⁷

O conceito de responsabilidade dos Estados está fora do âmbito do Estatuto de Roma. Esta conclusão pode retirar-se da conjugação do artigo 1º, com n.º 4 do artigo 25º, no sentido em que, por um lado, a jurisdição do Tribunal está limitada às pessoas e, por outro, simultaneamente se reconhece a existência desta responsabilidade dos Estados, mas de modo paralelo e separado. Em linha com esta perspectiva, está a análise do crime previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 5º do Estatuto (crime de agressão) oferecida por Paula Escameia¹³⁸ nos seguintes termos: “...assim é consensual que o crime se aplica exclusivamente a chefes ou

¹³⁷ *The Life of Reason*, Vol 1, 1905.

¹³⁸ *Direito e Justiça*, 2006, p. 26.



organizadores, isto é, indivíduos que tiveram um papel fundamental na agressão, e não a meros executores, como soldados, que apenas efectivaram a dita agressão”.

Partindo assim desta ideia base, procuraremos colocar o problema da responsabilidade dos Estados e dos indivíduos, seguindo de perto as perspectivas oferecidas por Antonio Cassese¹³⁹ e Antonio Augusto Cançado Trindade¹⁴⁰. A ideia da responsabilidade dos Estados e dos indivíduos coloca em contacto, por um lado, as normas do direito internacional público, designadamente as regras relativas ao jus ad bellum e, por outro, no que concerne ao direito penal internacional, as regras aplicáveis ao jus in bello. Deste contacto resultam, segundo os autores referidos, dois factos: o primeiro pode considerar-se ser uma complementaridade ou um mútuo suporte entre os dois tipos de responsabilidade e o segundo resulta num conflito de filosofias.

No que respeita à complementaridade ou ao mútuo suporte entre os dois tipos de responsabilidade Antonio Cassese afirma que “... a maior parte das ofensas previstas pelo direito penal internacional... são também objecto de regulação pelo direito internacional como actos censuráveis praticados pelos Estados, mas numa perspectiva sistemática e de larga-escala... este facto é verdadeiro não só para o crime de genocídio... mas também para os crimes de guerra cometidos em larga escala (tradução e adaptação do autor)”¹⁴¹. Assim, continua o mesmo autor “quando um desses crimes é praticado por um indivíduo, sem que este actue na sua qualidade particular, origina-se uma dupla responsabilidade: a responsabilidade criminal individual perante o direito internacional penal e uma responsabilidade do Estado, regulada pelo direito internacional aplicável”.¹⁴² António Cançado Trindade, elaborando sobre o caso “Plan de Sánchez Massacre” apreciado pelo Tribunal Inter-Americano dos Direitos Humanos (a 29 de Abril de 2005), cita a Comissão Guatemalteca para o apuramento da verdade e afirma o seguinte: “... a maior parte destes actos¹⁴³ foram o produto da uma política de Estado, pré-estabelecida por um comando superior sobre os seus autores

¹³⁹ *International Criminal Law*, 2nd ed., p.7-8.

¹⁴⁰ *International Responsibility Today*, p. 253ss.

¹⁴¹ *International Criminal Law*, 2nd ed., p. 7-8.

¹⁴² *International Criminal Law*, 2nd ed., p. 8.

¹⁴³ O autor refere-se aos 626 massacres cometidos pelas forças do Estado durante o conflito armado de 1982.

materiais”¹⁴⁴. Para este autor, o Estado tem um evidente dever de luta contra a impunidade e, por isso mesmo, neste tipo de casos há uma responsabilidade do Estado, acompanhada por uma responsabilidade individual. “A responsabilidade internacional do Estado e a responsabilidade internacional individual não são mutuamente exclusivas, mas complementam-se”¹⁴⁵, sempre que o segundo actuar (acção ou omissão) em nome do primeiro, em particular sempre que estiverem em causa violações graves dos direitos humanos ou do direito internacional humanitário. Esta dupla responsabilização é um importantíssimo elemento na erradicação da impunidade. Antonio Cassese toma posição particular sobre a prática quotidiana da relação entre responsabilidade dos Estados vs responsabilidade dos indivíduos, afirmando que, embora ambos os tipos de responsabilidade sejam aplicáveis, se observarmos os casos juntos do Tribunal Internacional de Justiça e os casos dos Tribunais *ad hoc*, verificamos que, por questões políticas, se assiste a uma certa primazia (no sentido em que os Estados, por questões de política, evitam o confronto directo que requer a responsabilização de outros Estados) do segundo tipo de responsabilidade, relativamente ao primeiro.¹⁴⁶

No que concerne ao conflito de filosofias, os dois tipos de responsabilidade têm âmbitos diferentes. Enquanto a responsabilidade individual centra-se na conduta de indivíduos no sentido de proteger a comunidade internacional dos actos mais censuráveis, independentemente de estes indivíduos serem ou não agentes dos Estados, condutas essas que estão o mais detalhadas possível no ordenamento normativo internacional, a responsabilidade dos Estados regula o comportamento destes, procurando acomodar os diferentes interesses de entidades soberanas, através de um normativo que por vezes pode parecer mais vago e abstracto “soft law”, mas que também assenta em normas bem definidas como por exemplo as que resultam do direito internacional consuetudinário, da jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça, sem esquecer o Projecto da Comissão de Direito Internacional sobre

¹⁴⁴ Complementarity between state responsibility and individual responsibility for grave violations of human rights: the crime of state revisited, 2005, p. 254.

¹⁴⁵ António Cançado Trindade - Complementarity between state responsibility and individual responsibility for grave violations of human rights: the crime of state revisited, 2005, p. 258.

¹⁴⁶ International Criminal Law, 2nd ed., p. 8.

Responsabilidade dos Estados que poderá vir a ser adoptado sob a forma de uma convenção.¹⁴⁷

4.8. Circunstâncias que excluem a responsabilidade criminal: as defesas admissíveis

Circunstâncias que excluem a responsabilidade penal internacional na perspectiva do Estatuto de Roma							
Theory of Liability Defesas	Clássicas (Não estatutárias) n.º 3 do artigo 31º	Necessidade militar	Conceito: Equilíbrio de valores centrado na acção	Punição legal por crimes de guerra	Não apresentada		
		Represálias legais		Legítima defesa	Alinea c) n.º 1 do artigo 31º		
		"Tu quoque"		Falta de autonomia individual	Doença mental ou insanidade (alínea a) n.º 1 do artigo 31º		
	Modernas	Causas de justificação ou de exclusão da ilicitude	Intoxicação (Alínea b) n.º 1 do artigo 31º)				
			Inimputabilidade (Artigo 26º)				
			Causas de desculpa	Conceito: Acção ilegal não punível devido a circunstâncias especiais	Acto da doutrina do Estado	Imunidades (artigos 27º + 29º)	
	Ordens superiores (artigo 33º)						
	Causas externas	Estado de necessidade (desculpante - Alínea d) n.º 1 do artigo 31º)					
		Outras causas	A desistência (alínea f) do n.º 3 do artigo 25º (<i>in fine</i>))	Análise centrada no agente sem <i>mens rea</i>	Falta de <i>mens rea</i>	Erro	De facto (artigo 32º)
		Não apresentadas	Consentimento da vítima				De direito (artigo 32º)

direito internacional foi substituído pelo direito internacional penal, um sistema jurídico onde, não o Estado, mas os indivíduos são sujeitos a responsabilidade. Este desenvolvimento é ilustrado pelo desenvolvimento das defesas (...) em caso de crimes de guerra (...).

Elies van Sliedregt¹⁴⁸

Neste momento da nossa investigação, julgamos útil uma breve referência às causas de exclusão da responsabilidade internacional por crimes de guerra, ainda que nos concentremos

¹⁴⁷ Adaptado a partir de Paula Escameia, correspondência trocada via e-mail em Novembro de 2009.

¹⁴⁸ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 228.

apenas nas defesas admissíveis. Como se pode observar pela tabela seguinte a desistência já foi tratada anteriormente e a problemática do consentimento da vítima dificilmente poderá ser utilizada, uma vez que este tipo de crimes, cujo estatuto se eleva ao jus cogens no sentido da protecção de valores fundamentais como a vida e a dignidade humana, não são disponíveis ou derogáveis, quer pelos Estados, quer pelas próprias vítimas.¹⁴⁹ Durante muito tempo, a discussão doutrinária centrou-se nas designadas defesas clássicas e também nos actos de doutrina do Estado, em particular na defesa “em cumprimento de ordens superiores”. Dois casos, porém, acabariam por relançar a discussão em torno das defesas aplicáveis: o caso Erdemović (n.º IT-96-22) Pilica Farm, julgado pelo ICTY em 1996/1997 e o caso do bombardeamento da Embaixada da República Popular da China em Belgrado, pela NATO (7 de Maio de 1999). Em resultado destes dois casos, a discussão aprofundou-se ainda mais no caso das figuras da coacção (duress) e do erro de facto.

Esta matéria deve iniciar-se pela distinção entre causas de justificação e causas de desculpa, mas, antes de o fazermos, importa fazer um esclarecimento e organizar estas mesmas defesas pela sua natureza genética. O esclarecimento que deve ser feito é o de que o artigo 31º do Estatuto de Roma não se refere a defesas, mas as causas de exclusão da responsabilidade criminal; nem organiza essas mesmas causas em causas de exclusão da ilicitude e causas de desculpa, exactamente para evitar referências concretas a um dos sistemas em particular, seja à common law, seja à civil law. Todavia, procuraremos seguir a organização apresentada por Antonio Cassese¹⁵⁰ e em parte apenas também a disposição sugerida por Kai Ambos¹⁵¹. Para além deste facto, importa considerar que a mudança do sistema de responsabilidade internacional por violação do direito internacional humanitário e dos conflitos armados centrado unicamente na responsabilidade dos Estados, para um outro, onde ambas as responsabilidades, quer dos Estados quer dos indivíduos coexistem, está na origem do modo como hoje vemos as defesas. Doutrinariamente podemos distinguir entre as

¹⁴⁹ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 258.

¹⁵⁰ *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 255ss.

¹⁵¹ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Universidad Externado de Colômbia, p. 119 – Considera os artigos 26º, 27º, 29º, 31º, 32º e 33º do Estatuto de Roma como “causas de exclusion de la pena”.

“defesas clássicas”, isto é, aquelas que tiveram a sua origem no sistema de exclusiva responsabilização dos Estados como a necessidade militar, as represálias beligerantes e a defesa “tu quoque” e as “defesas modernas”, cuja génese se aproxima do Direito Penal nacional, e que identificamos como características do moderno Direito Internacional Penal. Tendo em consideração que as defesas clássicas foram construídas tendo por base a responsabilidade do Estado e que as defesas modernas têm por finalidade a protecção dos indivíduos acusados de actos de violação do Direito Internacional, nem sempre poderemos recorrer a todas elas, como veremos no caso do Estatuto de Roma. Em seguida, observaremos brevemente os conceitos associados a cada uma das defesas, no sentido de sabermos se são ou não aceites pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Finalmente, destacaremos em particular a defesa “obediência às ordens superiores”, pela sua importância para a análise da figura da responsabilidade de comando.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, como também ensina entre nós Américo Taipa de Carvalho, não estabelece uma distinção formal e sistemática entre causas de exclusão da ilicitude (a legítima defesa do artigo 31º, n.º 1, alínea c)) e as causas de exclusão da culpa (por exemplo, a inimputabilidade do artigo 31º, n.º 1, alínea a)), utilizando apenas a designação genérica “causas de exclusão da responsabilidade criminal”. Pois, conclui o autor, a bipartição destas em causas de exclusão da ilicitude e causas de exclusão da culpa pressupõe a bipartição dogmático-sistemática do crime em ilícito e culpa, que não é partilhada pela doutrina de alguns países que aderiram ou podem aderir ao Estatuto de Roma.¹⁵² Mesmo assim, a doutrina internacional distingue entre causas de justificação e causas de desculpa, ensinando Antonio Cassese a propósito das causas de justificação ou de exclusão da ilicitude que “quando o Direito fornece uma justificação, um acto que seria considerado em abstracto contrário ao Direito porque causa dano à sociedade ou a indivíduos, é considerado conforme esse mesmo Direito e, por isso, não constitui um crime (tradução do autor)¹⁵³. De entre os vários exemplos fornecidos consta a execução da pena de morte legalmente imposta, a morte de

¹⁵² Direito e Justiça, p. 147/8.

¹⁵³ International Criminal Law, 2nd ed., p. 255.

um inimigo num conflito armado e a morte de um preso durante a fuga se outros meios não se mostrarem adequados. O mesmo autor explica também que, por contraste, nas causas de desculpa “o acto é considerado contrário à norma penal, isto é, causa dano, mas o agente não é sancionado...faltando ao agente o elemento subjectivo (tradução do autor)¹⁵⁴”. Em síntese, na distinção entre as duas categorias realça-se que, na primeira, se justifica o acto contrário à lei tendo em conta um balanço de valores e, no segundo caso, o agente é libertado da sua pena por razões de equilíbrio e justiça.

Vejamos pois, os conceitos associados a cada uma das defesas:

- Legítima defesa (alínea c) do n.º 1 do artigo 31º) – Este conceito de legítima defesa em concreto não deve confundir-se com o conceito de legítima defesa numa perspectiva do direito internacional público (*jus ad bellum*). No primeiro caso referimo-nos a acções praticadas por indivíduos, no segundo a acções realizadas por Estados¹⁵⁵. Aquilo que tratamos nesta sede é, apenas, o problema relativo ao primeiro caso. Em segundo lugar, este conceito de legítima defesa a que nos referimos não se situa no âmbito do direito dos conflitos armados, onde se tratam de actos de defesa de acções legais, enquadrados por regras de empenhamento (ROE) e onde, por exemplo, se um civil ataca um combatente, a resposta não se faz à luz da figura da legítima defesa, mas do facto do civil perder a sua condição de não combatente, no momento em que inicia a acção atacante. Aquilo de que estamos a tratar não é portanto neste âmbito, mas no âmbito do direito criminal internacional. É o caso da figura da legítima defesa aplicável às forças de paz, tendo em conta que não se aplica o direito dos conflitos armados, mas o direito penal internacional¹⁵⁶. A alínea c) do n.º 1 do artigo 31º do Estatuto de Roma estabelece o seguinte: “c) Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de

¹⁵⁴ *International Criminal Law*, 2nd ed., p. 256.

¹⁵⁵ Neste último caso, a discussão centra-se em torno do artigo 51º da Carta das Nações Unidas e dos conceitos de “antecipação” da legítima defesa, legítima defesa incipiente e legítima defesa preventiva, numa deriva do caso da destruição do Vapor *Carolina* em 20 de Dezembro de 1837.

¹⁵⁶ Sobre esta posição ver *Elies van Sliedregt - The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p.255 nota 120 e *Francisco Leandro - As Armas das Vítimas*, 2005, p. 200 a 205.

crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O facto de participar numa força que realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea (sublinhados nossos)”¹⁵⁷. Esta norma consagra uma causa de exclusão da ilicitude de algumas condutas relativas aos crimes de guerra do artigo 8º, pelo que, como ensina Taipa de Carvalho, a questão da exclusão da ilicitude com base na legítima defesa se restringe, em princípio, às condutas de homicídio, ofensa grave à integridade física e, eventualmente, de privação de liberdade física ou de destruição de bens (por exemplo, veículos e instalações civis). Para Antonio Cassese, são quatro os pressupostos exigidos para a exclusão da responsabilidade criminal nos termos da legítima defesa em termos abstractos: (i) resposta a um ataque ilegal em curso ou iminente que coloque em risco a sua vida ou de outra pessoa, (ii) não haver outra maneira de parar a agressão, (iii) a conduta agressiva não ser causada pelo defensor (iv) e a reacção do defensor ser proporcional à ameaça¹⁵⁸. Todavia, a alínea c) do n.º 1 do artigo 31º, estabeleceu os seguintes pressupostos: (i) uso ilegal da força, (ii) iminente uso ilegal da força, (iii) razoabilidade e (iv) proporcionalidade. Os dois primeiros requisitos estabelecem a noção geral de uma defesa contra o uso iminente ou actual e ilegal da força. Elies van Sliedregt¹⁵⁹ chama a atenção para dois aspectos importantes nesta matéria. O primeiro refere que o termo “força” não está definido, pelo que deve ser entendido como um ataque físico ou uma ameaça psicológica. O segundo aspecto realça o facto de que, em conflitos armados, matar um outro combatente adversário não é criminalmente sancionável. Mas, como já vimos, há dois tipos de legítima defesa, cada um regulado por regras diferentes: um pelas leis dos conflitos armados e um outro regulado pelo Direito Criminal Internacional, em particular a alínea c) do n.º 1 do artigo 31º. Se um civil ou um

¹⁵⁷ Diário da República n.º 15, I Série-A, de 18 de Janeiro de 2002, p. 405.

¹⁵⁸ International Criminal Law, 2nd ed., p. 259.

¹⁵⁹ The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law, 2003, p.262.

prisioneiro de guerra, durante um conflito, atacar ilegalmente um combatente, ao fazê-lo perde o seu estatuto especial e o acto de defesa não pode ser qualificado como crime. Neste caso, a alínea c) do n.º 1 do artigo 31º não se lhe aplica. O terceiro prescreve, como ensina Taipa de Carvalho¹⁶⁰, o princípio da proporcionalidade qualitativa entre os bens jurídicos a defender e os bens jurídicos a lesar pela acção de defesa. Será este o sentido do termo “razoabilidade” (“agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade”). Esta exigência de razoabilidade, isto é, de uma certa proporcionalidade entre os bens (a defender e a lesar pela acção de defesa) verifica-se, mesmo quando a agressão tiver por objecto bens materiais (por exemplo, instalações ou veículos), desde que tais bens sejam essenciais “para a sobrevivência do agredido ou de um terceiro”. Pois que, termina o autor, ainda nesta hipótese de agressão contra bens materiais, o objectivo último da acção defensiva é a defesa da própria pessoa. Elies van Sliedregt sintetiza assim a noção de razoabilidade: “razoabilidade significa que a defesa tem que ser necessária e adequada para evitar o perigo (tradução do autor)”¹⁶¹. O que parece mais difícil de aceitar para os autores com que temos trabalhado, especialmente para Antonio Cassese e Taipa de Carvalho, é a inclusão nos bens susceptíveis de legítima defesa, pela mão de Israel e dos Estados Unidos da América, daqueles bens essenciais à realização de uma missão militar. Antonio Cassese¹⁶² ataca esta solução com dois argumentos: o primeiro de natureza prática, afirmando que um oficial pode invocar legítima defesa para ordenar uma acção com armas proibidas para parar uma acção inimiga contra equipamento militar estacionado num depósito de material, equipamento esse essencial para uma outra missão militar, exactamente do mesmo modo que o faria se o depósito de material contivesse bens essenciais à alimentação dos combatentes. O segundo, recorda o mesmo autor, porque não há no Direito Internacional Humanitário qualquer interdição de atacar propriedade essencial ao cumprimento de missões militares ou atacar material indispensável à sobrevivência de combatentes. Apenas os bens essenciais à sobrevivência

¹⁶⁰ *Direito e Justiça*, p. 152.

¹⁶¹ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 261.

¹⁶² *International Criminal Law*, 2nd ed., p. 261.

da população civil estão protegidos. O quarto e último (proporcionalidade) exige, como ensina Taipa de Carvalho, que a espécie e a intensidade da acção de defesa seja proporcional ao grau de perigo para quem exerce a acção de defesa, para um terceiro ou para os bens protegidos. Esta exigência reconduz-se ao pressuposto comum a toda a acção de legítima defesa, que é a necessidade de um meio para impedir a agressão. Portanto, conclui o autor, uma acção de defesa que seja mais danosa do que a que seria suficiente para impedir a agressão constituirá um excesso de legítima defesa, eventualmente punível, no caso de ser considerada censurável. Para Elies van Sliedregt¹⁶³ esta característica é a expressão de que a legítima defesa não é um direito ilimitado.

- Estado de necessidade desculpante¹⁶⁴ (alínea d) do n.º 1 do artigo 31º) – Esta figura pode ser encontrada no direito internacional sob a designação de necessidade ou coação (duress) que, embora se englobem no mesmo conceito, se referem a situações distintas. Entre nós, Taipa de Carvalho ensina que, segundo esta norma, não será considerada criminalmente responsável a pessoa que “[T]iver incorrido numa conduta que presumivelmente constitui crime da competência do tribunal, em consequência de coacção decorrente de uma ameaça iminente de morte ou de ofensas corporais graves para si ou para outrem, e que se veja compelida a actuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se proponha evitar”¹⁶⁵. E acrescenta que “[E]ssa ameaça tanto poderá: i) ter sido feita por outras pessoas; ou ii) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade”¹⁶⁶. Antonio Cassese¹⁶⁷ faz uma interessante distinção entre estes dois aspectos. Designa necessidade como uma circunstância objectiva de ameaça à vida ou à

¹⁶³ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p. 261.

¹⁶⁴ A expressão «estado de necessidade desculpante» é usada por Taipa de Carvalho em *Direito e Justiça*, p. 153. Todavia, Kai Ambos, na versão em língua espanhola da obra *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, publicada pela Universidad Externado de Colombia, p.120 utiliza a expressão «estado de necesidad coactivo».

¹⁶⁵ *Direito e Justiça*, p. 153.

¹⁶⁶ *Direito e Justiça*, p. 153.

¹⁶⁷ *International Criminal Law*, 2nd ed., p.280-281.

integridade física (cita o *British Manual of Military Law* de 1958) e coação (*duress*) como uma ameaça ou compulsão psicológica levada a cabo por uma ou mais pessoas sobre o agente. Esta distinção tem a sua razão de ser baseada no facto de que o elemento subjectivo daquele em age em estado de necessidade baseado na circunstância e no caso necessidade baseado na coação (*duress*) é diferente. Antonio Cassese fornece dois exemplos: 1) O mens rea daquele que mata o seu companheiro que tenta subir para a única bóia de salvação disponível depois do naufrágio (assumindo que a bóia apenas pode flutuar com uma pessoa), age com dolo de morte, porque sabe que esta é a única maneira de se salvar. 2) Contrariamente, aquele que mata um prisioneiro de guerra porque foi compelido a fazê-lo, o dolo não é o de morte do prisioneiro, o dolo de morte do prisioneiro está na pessoa que compeliu o agente a fazê-lo. Todavia, quer num caso quer noutro, os requisitos de aplicabilidade de ambas as defesas, ou seja, os pressupostos de exclusão da responsabilidade são os mesmos:¹⁶⁸ (1) Existência de um perigo actual, severo e irreparável de concretização eminente para a vida ou integridade física; (2) Que a concretização desse perigo actual, severo e irreparável para a vida ou integridade física só possa ser evitada mediante prática de uma das condutas previstas como crime no Estatuto; (3) Que o agente actue com *animus salvandi* relativamente à sua vida ou integridade física e não com a intenção de lesar a pessoa (as) cujo bem jurídico é objectivamente sacrificado; (4) Que haja proporcionalidade entre o bem a proteger e o bem a sacrificar; (5) Que a situação que causou o estado de necessidade desculpante não tenha sido provocada pelo pela própria pessoa coagia. Embora não tenhamos intenção de aprofundar o estudo desta figura, pois não é esse o objectivo do nosso estudo, não podemos deixar de referir um dos casos mais significativos da jurisprudência dos Tribunais *ad hoc*: Dražen Erdemović (n.º IT-96-22) Pilica Farm¹⁶⁹. Erdemović

¹⁶⁸ Com base nas posições de Taipa de Carvalho em *Direito e Justiça*, p. 153, Antonio Cassese em *International Criminal Law*, 2nd ed., p. 281.

¹⁶⁹ Consideramos este caso como digno de uma especial referência por diversos motivos, designadamente: 1) o seu enquadramento político – como muito bem explicam Robert Cryer (Volume 2, n.º 1 do *Journal of Armed Conflict law*, 1997, p. 192) e David Turns (Volume 47, parte 2, do *International and Comparative Law Quarterly*, Abril de 1998, p. 464) Erdemović foi transferido para o ICTY para a produção de prova contra os arguidos Radovan Karadžić e Ratko Mladic por pressão política dos Estados Unidos da América; 2) a simplicidade dos factos; 3) a contribuição doutrinal para a distinção entre crimes de guerra e crimes contra a

participou na morte de 1200 civis inocentes do sexo masculino durante os acontecimentos de Srebrenica de Julho de 1995. Dražen Erdemović confessou ter, ele próprio, assassinado cerca de 70 pessoas.¹⁷⁰ Todavia, ao optar pelo processo “plea guilt” o arguido invocou a defesa coacção (duress) no sentido em que ele foi forçado a participar no massacre¹⁷¹. O Tribunal de Primeira Instância reconheceu que esta poderia ser uma defesa, mas como o Estatuto do Tribunal não a reconhecia e faltavam provas materiais¹⁷² para a sua sustentação, apenas a considerou como uma circunstância atenuante que funciona como mitigação da sentença.¹⁷³ A secção de recurso do Tribunal¹⁷⁴ rejeitou também a mesma defesa por uma maioria de 3-2¹⁷⁵, com declarações

humanidade tendo por pano de fundo as condições a que o arguido deve obedecer aquando da escolha do modo de litigar (Robert Cryer p. 197) “plea guilty”, isto é, destacando a maior a censurabilidade dos crimes contra a humanidade; 4) a contribuição para a determinação se a defesa “dureza” deve ser entendida como causa de afastamento da responsabilidade e portanto como uma defesa completa ou, pelo contrário, se deve ser entendida como uma mera causa de mitigação da sentença – neste aspecto, deve destacar-se a importância da contribuição do Juiz Antonio Cassese e finalmente 5) a relação da defesa “dureza” com a defesa “em cumprimento de ordens superiores”.

¹⁷⁰ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case n.º IT-96-22-T, 29th November 1996, in the trial chamber before: Judge Claude Jorda, Presiding; Judge Elizabeth Odio Benito; Judge Fouad Riad - Judgement of: 29th November 1996, the Prosecutor v. Drazen Erdemović - sentencing judgement §78 The accused estimated that there were about 20 buses in all, each carrying approximately 60 men and boys. He believes that he personally killed about seventy people.

¹⁷¹ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case n.º IT-96-22-T, 29th November 1996, in the trial chamber before: Judge Claude Jorda, Presiding; Judge Elizabeth Odio Benito; Judge Fouad Riad - Judgement of: 29th November 1996, the Prosecutor v. Drazen Erdemović - sentencing judgement §10, Transcript, initial appearance hearing, 31st May 1996, p.9, (IT-96-22-T. D241). “Your Honour, I had to do this. If I had refused, I would have been killed together with the victims. When I refused, they told me: If you’re sorry for them, stand up, line up with them and we will kill you too.” I am not sorry for myself but for my family, my wife and son who then had nine months, and I could not refuse because then they would have killed me”; §80 On 16th July 1995, Drazen Erdemovic claims that he received the order from Brano Gojkovic, commander of the operations at the Branjevo farm at Pilica, to prepare himself along with seven members of his unit for a mission the purpose of which they had absolutely no knowledge. He claimed it was only when they arrived on-site that the members of the unit were informed that they were to massacre hundreds of Muslims. He asserted his immediate refusal to do this but was threatened with instant death and told “If you don’t wish to do it, stand in the line with the rest of them and give others your rifle so that they can shoot you”. He declared that had he not carried out the order, he is sure he would have been killed or that his wife or child would have been directly threatened. Regarding this, he claimed to have seen Milorad Pelemis ordering someone to be killed because he had refused to obey. He reported that despite this, he attempted to spare a man between 50 and 60 years of age who said that he had saved Serbs from Srebrenica. Brano Gojkovic then told him that he did not want any surviving witness to the crime.

¹⁷² International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case n.º IT-96-22-T, 29th November 1996, in the trial chamber before: Judge Claude Jorda, Presiding; Judge Elizabeth Odio Benito; Judge Fouad Riad - Judgement of: 29th November 1996, the Prosecutor v. Drazen Erdemović - sentencing judgement § 91 The Trial Chamber would point out, however, that as regards the acts in which the accused is personally implicated and which, if sufficiently proved, would constitute grounds for granting mitigating circumstances, the Defence has produced no testimony, evaluation or any other elements to corroborate what the accused has said. For this reason, the Judges deem that they are unable to accept the plea of extreme necessity.

¹⁷³ David Turns, Volume 47, parte 2, do International and Comparative Law Quarterly, April de 1998, p. 466.

¹⁷⁴ 1998_05_Mar_Trial_Transcripts_94_IT_96_22 ICTY_Erdemović.

¹⁷⁵ In the Appeals Chamber, before: Judge Antonio Cassese, Presiding Judge Gabrielle Kirk McDonald, Judge Haopei Li, Judge Nílian Stephen, Judge Lal Chand Vohrahi, 7th October 1997, Case n.º IT-96-22-A Prosecutor v. Drazen Erdemović, § 19 For the



em separado que vale a pena estudar: a declaração do Juiz Vohrah, do Juiz Mac Donald e do Juiz Cassese. O Juiz Li concordou com os Juizes Vohrah e Mac Donald nas suas conclusões sobre o facto de que coacção (duress) não é uma defesa completa, mas apenas uma circunstância atenuante da medida da pena.¹⁷⁶ O Juiz Cassese tem uma posição muito interessante no sentido em que a figura da coacção (duress) é geralmente aceite em direito internacional, desde que verificados certos requisitos.¹⁷⁷ Cassese refere explicitamente o problema da “culpa in causa” afirmando que “coacção (duress) ou necessidade não pode excluir a responsabilidade criminal de uma pessoa que pretende dele desfrutar se essa mesma pessoa, livre e conscientemente,¹⁷⁸ optou¹⁷⁹ por se tornar num membro dessa unidade, organização ou grupo que institucionalmente realizavam actividades contrárias ao direito internacional humanitário (tradução do autor)”¹⁸⁰. Robert Cryer cita uma passagem de António Cassese absolutamente determinante no argumento sobre saber se a defesa coacção (duress) deve ser aceite como causa de afastamento da responsabilidade ou apenas deve ser considerada como mitigação da sentença: “Talvez... não fiquemos satisfeitos sempre que o arguido tenha salvo a sua

reasons set out in the Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah and in the Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, the majority of the Appeals Chamber finds that duress does not afford a complete defence to a soldier charged with a crime against humanity and/or a war crime involving the killing of innocent human beings. Consequently, the majority of the Appeals Chamber finds that the guilty plea of the Appellant was not equivocal. Judge Cassese and Judge Stephen dissent from this view for the reasons set out in their Separate and Dissenting Opinions.

¹⁷⁶ Judgement of: 7th October 1997 Prosecutor v. Dražen Erdemović, separate and dissenting opinion of Judge Li, §12. From the above considerations my conclusion on this question is that duress can only be a mitigating circumstance and is not a defence to the massacre of innocent persons. This view agrees with and is in support of the Joint Separate Opinion of Judges McDonald and Vohrah.

¹⁷⁷ Judgement of 7th October 1997 Prosecutor v. Dražen Erdemović, separate and dissenting opinion of Judge A Cassese §16. There must be an immediate threat of severe and irreparable physical harm; such harm must be unavoidable; the crime committed must not be disproportionate to the harm threatened and the person coerced must not have voluntarily brought about the situation leading to duress.

¹⁷⁸ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case n.º IT-96-22-T, 29th November 1996, in the trial chamber before: Judge Claude Jorda, Presiding; Judge Elizabeth Odio Benito; Judge Fouad Riad - Judgement of: 29th November 1996, the Prosecutor v. Drazen Erdemović - sentencing judgement §79 He asserted that in April 1994 he finally joined the Bosnian Serb army. The decision to serve in that army was based on his need for money to feed himself and his wife, his desire to obtain identity papers in order to travel freely and “the assurance of some status as a Croat in Republika Srpska”. He says that he specifically chose the 10th Sabotage Unit because it was not comprised of Serbs only but also had “a few Croats, a Slovene and a Muslim”.

¹⁷⁹ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 284.

¹⁸⁰ Judgement of 7th October 1997 Prosecutor v. Dražen Erdemović, separate and dissenting opinion of Judge A Cassese §17. It is worth insisting on the fourth requirement just mentioned, in order to highlight its particular relevance to war-like situations. According to the case law on international humanitarian law, duress or necessity cannot excuse from criminal responsibility the person who intends to avail himself of such defence if he freely and knowingly chose to become a member of a unit, organisation or group institutionally intent upon actions contrary to international humanitarian law.

vida à custa da sua vítima... contudo... sempre que exista uma grande probabilidade de que a actuação do agente sob coacção (duress) não pudesse ter salvo a vida das vítimas...a coacção (duress) deve ser considerada como uma defesa (tradução do autor)".¹⁸¹ O massacre em que Dražen Erdemović participou teria continuado independentemente da sua participação¹⁸². A secção de primeira instância do Tribunal parece ter levado em conta que o arguido ingressou voluntariamente no Exército Sérvio da Bósnia (BSA) de modo a prover sustento para a sua família. Antes de se juntar ao BSA, o arguido alistou-se no 10º Grupo de Sabotagem. Esta escolha parece ter sido inspirada por razões pragmáticas e de aversão à brutalidade e não para defesa do nacionalismo ou motivações nacionalistas. Antonio Cassese chama ainda à atenção o facto do arguido ter sido despromovido por actos de protecção a civis e por isso ter um posto relativamente baixo na hierarquia, facto que tem a maior importância na formação da convicção neste tipo de defesa¹⁸³. A este propósito, o mesmo autor alerta para a relação entre a defesa coacção (duress) no sentido de estado de necessidade desculpante e a defesa em cumprimento de ordens superiores. Em termos de prática dos tribunais internacionais, muitas vezes estas duas defesas são conjugadas. Todavia, isso não tem que ser necessariamente deste modo, uma vez que não há uma conexão necessária entre as duas figuras. Uma ordem superior pode ser dada sem se fazer acompanhar por uma ameaça à vida ou à integridade física. Se uma ordem manifestamente ilegal for dada, no sentido de envolver a prática de um crime de natureza internacional, e se o subordinado se recusar a cumprir essa mesma ordem com base na sua ilegalidade, e se nesse momento a ordem se fizer acompanhar por ameaças à vida ou integridade física do subordinado, então a defesa com base em cumprimento de ordens superiores deixa de ter relevância, passando a valer a defesa baseada na necessidade desculpante, isto é coacção (duress).

¹⁸¹ *On Appeal, two Philosophies, four Opinions and a Remittal*, Volume 2, n.º 1 do *Journal of Armed Conflict Law*, 1997, p. 205.

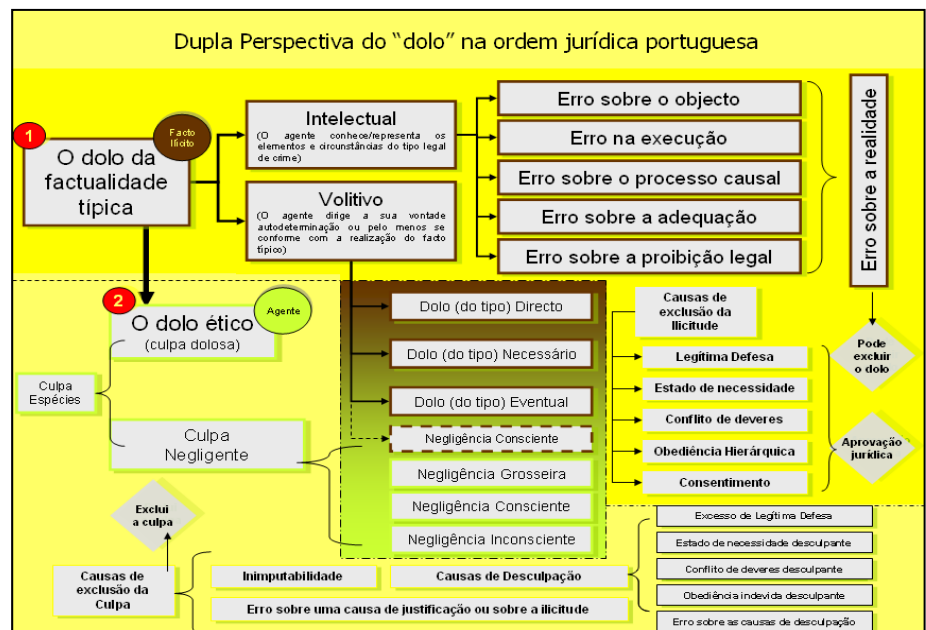
¹⁸² *Judgement of 7th October 1997 Prosecutor v. Dražen Erdemović, separate and dissenting opinion of Judge A Cassese* §43-44.

¹⁸³ *David Turns*, Volume 47, parte 2, do *International and Comparative Law Quarterly*, Abril de 1998, p. 467 – Considera que as circunstâncias que pesaram na mitigação da sentença do arguido Erdemović em primeira instância foram as seguintes: posição na hierarquia militar; o seu remorso e arrependimento; a cooperação voluntária e incondicional com o procurador e, ainda certos factos da sua personalidade, designadamente a sua ideia, o sua posição familiar e a ausência de perigosidade.

Igualmente a defesa com base na coacção (duress) pode ser levantada, independentemente das ordens superiores. Deve, todavia, dizer-se que quanto mais baixa for a categoria hierárquica do arguido que invoque a defesa coacção (duress), acompanhada de uma ordem superior, maiores as hipóteses desta ser considerada.

- A problemática do erro – Antes de entrarmos na problemática do erro e sem recorrer à dogmática penal que está fora do âmbito do nosso estudo, convém lembrar sumariamente alguns aspectos doutrinários. Entre nós, o dolo é visto numa dupla perspectiva: a dimensão psico-intelectual (também designada por dolo da factualidade típica – e que significa a exigência do conhecimento das características ou elementos do facto descrito no tipo legal e a

vontade de realizar esse mesmo facto – este dolo não é uma forma ou espécie de culpa) e a dimensão ético-pessoal que, ao contrário do juízo de ilicitude,



não se dirige ao facto humano, mas ao agente que praticou o facto ilícito, isto é, à avaliação da atitude pessoal do agente perante o bem jurídico lesado. Entre estas duas dimensões importa considerar que, como ensina Taipa de Carvalho, “inexistindo a primeira, não se poderá verificar a segunda e, portanto não haverá crime doloso”¹⁸⁴. Entre nós, como se pode observar na figura, a relevância do erro tanto se pode colocar numa perspectiva de exclusão do dolo, como na dimensão da exclusão da culpa. Todavia,

¹⁸⁴ Direito Penal Parte Geral, Teoria Geral do Crime, Vol. II, p. 321.

mesmo a questão do erro sobre a ilicitude, pode ter diferentes respostas, consoante consideremos os defensores das teorias do dolo ou da culpa. Assim, para os defensores das teorias do dolo, o erro sobre a proibição, isto é, a falta de consciência da ilicitude, exclui o dolo; para os defensores das teorias da culpa, o erro sobre a ilicitude não exclui o dolo, dizendo respeito apenas à culpa. Ora a linguagem do artigo 32º do Estatuto de Roma, como muito bem refere Américo Taipa de Carvalho, procura utilizar designações e formulações que possam ser “suficientemente amplas para poderem ser aceites pelas diversas perspectivas dogmáticas, adoptadas pelas doutrinas e legislações dos múltiplos países cujos juristas intervieram na elaboração e redacção do texto legal do Estatuto de Roma”.¹⁸⁵ É o que se verifica, nomeadamente com a expressão “erro de direito” que é usada, quer para o erro sobre a competência material do tribunal, quer para o erro sobre a ilicitude da conduta. “E relativamente ao efeito deste “erro de direito” enquanto erro sobre a ilicitude ou sobre a proibição legal, ao dizer que este erro de direito poderá ser considerado fundamento de exclusão da responsabilidade criminal, se eliminar o dolo requerido pelo crime, tal tanto pode ser aceite pelos defensores da teoria limitada do dolo, como pelos seguidores da teoria da culpa. Aqueles dirão que o erro sobre a ilicitude ou sobre a proibição exclui a responsabilidade penal porque exclui o dolo que é, em regra, exigido para a punição das condutas tipificadas no Estatuto, acrescentando, todavia, que a punição poderá não ser de excluir, quando a ilicitude for manifesta pois que o n.º 2 do artigo 32º não diz “exclui a responsabilidade criminal” mas sim que “poderá ser considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal”. Já os defensores das teorias da culpa poderão dizer que o dolo é tomado, no n.º 2 do artigo 32º, como sinónimo de vontade criminosa ou culpa dolosa, a qual poderá ser negada, se o erro sobre a ilicitude for considerado não censurável; repare-se que o n.º 2 do artigo 32º não diz que “o erro de direito” enquanto erro sobre a ilicitude elimina o dolo, mas sim “se eliminar o dolo”.¹⁸⁶

¹⁸⁵ *Direito e Justiça*, 2006, p. 154.

¹⁸⁶ *Direito e Justiça*, 2006, p. 155.

- *Erro de facto – (n.º 1 do artigo 32º) – Tendo em consideração a figura apresentada, poderemos afirmar que o n.º 1 do artigo 32º deve ser analisado, tendo em consideração as observações que já fizemos sobre os elementos subjectivos do tipo no Estatuto de Roma, designadamente aqueles que derivam do n.º 1 do artigo 30º. Assim, a determinação da responsabilidade criminal no Estatuto de Roma pressupõe o “conhecimento dos elementos materiais” do crime. Ora, neste caso, estão em causa os designados elementos objectivos do tipo legal de crime, realidade material ou ainda, de outro modo, o erro sobre a factualidade típica, cujo efeito é a exclusão do dolo do agente, tendo como resultado a exclusão da responsabilidade criminal (o artigo 30º exige a existência deste dolo, como já vimos). A questão que se poderá colocar é precisamente a excepção que constitui o artigo 28º, ao se incluir na perspectiva do artigo 30º nos casos “salvo disposição em contrário”, uma vez que, para esta norma, parece bastar a negligência retirada da expressão “em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento”. A este assunto voltaremos no Capítulo 5. Todavia, gostaríamos de adicionar mais uma nota. Antonio Cassese refere esta problemática nos seguintes termos: “Erro de facto, é uma causa de desculpa, funcionando como defesa contra uma acusação de uma conduta contrária ao direito internacional, que pode ser invocada quando, apesar do elemento objectivo se encontrar preenchido, o elemento subjectivo não se encontrar verificado porque o agente, por erro, estava honestamente convencido que existiam circunstâncias factuais que tornavam essa conduta legal (tradução do autor)”.¹⁸⁷ O mesmo autor cita ainda um exemplo prático: “Um piloto de combate executa um ataque aéreo, alegadamente de um modo negligente e, em consequência, falha o objectivo militar por vários quilómetros. O bombardeamento da sua aeronave acaba por atingir um objectivo não militar desconhecido do piloto, não havendo violação do direito internacional. Todavia, o piloto, não podendo ser alvo de uma responsabilização internacional, pode ter de enfrentar uma*

¹⁸⁷ *International Criminal Law*, 2nd ed., p.290.

responsabilidade pelos seus actos, numa perspectiva nacional”.¹⁸⁸ Importa retirar duas conclusões. A primeira é a possibilidade de encontrarmos no ordenamento internacional, diferentes perspectivas de classificação das designadas defesas ou modos de exclusão da responsabilidade criminal. A segunda é a necessidade de regulação nacional de modo a preencher os espaços deixados pelo Direito Penal Internacional. A este assunto faremos referência no Capítulo 6 dedicado às soluções do legislador português. Elis van Sliedregt¹⁸⁹ fornece uma interessantíssima explicação sobre o erro, decompondo-o em erro sobre os elementos descritivos e normativos da realidade. Relativamente aos elementos descritivos, explica que estes são apreensíveis através dos sentidos, tais como a visão, o cheiro ou o tacto, referindo exemplos de elementos descritivos “viaturas” ou “instalações” (artigo 8º, n.º 2, alínea b) (iii). Por outro lado, os elementos normativos, não requerem apenas percepção humana mas também interpretação e aplicação de uma determinada regra. Retomando o exemplo do elemento descritivo “viatura”, este requer a interpretação de imunidade, uma vez que pertence a uma força das Nações Unidas. Por vezes, esta interpretação é imediata, outras vezes requer mais tempo, podendo afirmar-se que quanto mais normativo for o elemento material, mais tempo se torna necessário à sua interpretação. Mas em todos estes elementos, o estado psicológico do agente necessita verificar os requisitos formulados pelo n.º 3 do artigo 30º, isto é, “consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos”. Ou seja, não se exige ao agente o conhecimento profundo de uma determinada norma legal, nem que interprete uma determinada definição, como faria um técnico do Direito, mas tão somente que sabia da existência da norma protectiva e conheça o efeito do seu acto. Assim, tendo em consideração que os elementos não são puramente descritivos ou puramente normativos, mas têm uma natureza dupla ou composta, podemos afirmar que a falsa percepção de um destes elementos, pode conduzir quer a erros de facto, quer de direito, através do não reconhecimento de um facto, ou

¹⁸⁸ *International Criminal Law*, 2nd ed., p.290.

¹⁸⁹ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, p. 302.

pela deficiente avaliação desse mesmo facto. Para esta autora, a falsa percepção relativa aos elementos descritivos conduz sempre ao erro de facto. Já as dificuldades relativas aos elementos normativos podem conduzir a um erro de facto ou de direito, como se pode observar pelo exemplo seguinte, relativo a um elemento material que envolve diferente emblemas: “Se um combatente «A» vê que avança na sua direcção «B» que é um médico portador do distintivo da Cruz Vermelha, mas que «A» julga ser um adversário sem protecção, uma vez que o distintivo da Cruz Vermelha não é claramente visível e «A» dispara sobre «B», configura uma situação de erro de facto. Se o emblema de «B» for claramente visível para «A» e, este for ignorante relativamente ao significado da protecção conferida pelo distintivo da Cruz Vermelha, esta situação poderá configurar um erro de direito”.¹⁹⁰

- Erro de direito – (n.º 2 do artigo 32º) – A análise do n.º 2 do artigo 32º deve ser decomposta em duas partes. A primeira parte do n.º 2 diz respeito à irrelevância do erro relativamente à competência do Tribunal. A segunda parte do n.º 2 do artigo 32º refere-se ao erro de direito que poderá ser considerado como fundamento de exclusão da responsabilidade criminal. Analisemos esta segunda parte com mais detalhe. Encontramos na doutrina várias posições sobre a segunda parte do n.º 2 do artigo 32º, mas destacaremos apenas três pelo seu interesse prático.

A primeira, refere-se às posições de Elies van Sliedregt¹⁹¹ no sentido de considerar o seguinte:

- a) A qualificação do erro depende da perspectiva com que se encaram os elementos normativos, isto é, tanto pode ser uma falha em reconhecer uma determinada interdição, como uma avaliação errada. Para tal fornece o seguinte exemplo: “Se um combatente «A» vê «B» caminhar na sua direcção («B» é um médico da Cruz Vermelha), mas «A» julga-o como sendo um soldado inimigo, uma vez que o

¹⁹⁰ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, p. 303, com base no artigo 8º, n.º 2, alínea b) (xxiv) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

¹⁹¹ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p.303ss.

símbolo da Cruz Vermelha não está bem visível, «A» abate «B» (elementos descritivos). Esta situação configura um erro de facto. Todavia, se o emblema de Cruz Vermelha for claramente visível para «A», mas «A» for ignorante sobre as regras sobre emblemas distintivos de protecção especial e abater «B» (elementos normativos), esta ignorância, poderá qualificar-se como um erro de direito.

- 6) *Por outro lado, no segundo caso apresentado, um dos princípios das legislações domésticas é o de que a ignorância da lei, não é fundamento para exclusão da responsabilidade criminal. Assim, a mesma autora esclarece que não se trata de oferecer uma protecção face à ignorância da lei mas, isso sim, de avaliar até onde deve o agente conhecer o conteúdo normativo que incrimina um determinado acto. A resposta apresentada faz-se em três planos complementares. No primeiro, a autora refere a necessidade de aplicar o critério do “layman” (ou do homem razoável) que vai no sentido de não exigir o conhecimento especializado ou técnico sobre um determinado aspecto, mas de reconhecer os aspectos comuns e de avaliar a censurabilidade social de um determinado acto. Isto é, o erro de direito só pode constituir-se como relevante para excluir a responsabilidade criminal se, o agente nem sequer conhecia a censurabilidade corrente dos elementos materiais do crime por ele praticado. No segundo, a mesma autora, refere o caso particularíssimo dos comandantes militares em operações, para quem esta avaliação já não pode fazer-se exclusivamente pelo critério do “layman”, uma vez as suas funções exigem um conhecimento mais técnico da sua profissão, designadamente no que concerne às regras relativas à lei dos conflitos armados. Esta posição da autora tem por base a jurisprudência do caso Reféns.¹⁹² Para além desta maior exigência de conhecimento, os comandantes dispõem de conselheiros jurídicos que potenciam a sua capacidade de análise da conformidade dos actos das suas unidades e dos seus próprios actos*

¹⁹² A autora cita a partir do caso *Hostages in Freidman* (1972), Vol. II, p. 1323 - “An officer is duty bound to carry out not only the lawful orders that he receives. One who distributes, issues, or carries out a criminal order becomes a criminal if he knew or should have known of its criminal character. Certainly, a field marshal of the German Army with more than 40 years of experience as a professional soldier knew or ought to have known of its criminal nature”. *The Hostages Trial* (8 July 1947 – 19 February 1948) or *Southeast Case* (*The United States of America vs. Wilhelm List, et al.*).

com o direito internacional. Neste caso, salienta ainda a mesma autora, um aconselhamento erróneo, não pode servir de causa de exclusão da responsabilidade, uma vez que o conselheiro jurídico é, em regra, seu subordinado. Um comandante não pode ver a sua responsabilidade afastada por ter sido mal aconselhado, mas o facto de ter procurado conselho e o facto de ter feito tudo o que estava ao seu alcance para se informar, deixa a questão do erro de direito em aberto, no sentido em que a sua ignorância pode ser desculpável.¹⁹³ No terceiro, refere-se que este conhecimento tem, efectivamente um limite. Tal como ficou dito pela jurisprudência do caso do Alto Comando¹⁹⁴ e no caso *Peleus*¹⁹⁵, não se espera que, quer comandantes, quer outros militares que não em posição de comando, seja capazes de identificar subtis distinções ou aspectos mais vagos das normas criminais internacionais. Finalmente, esta autora toma posição sobre a natureza das defesas erro de facto e de direito no sentido de afirmar¹⁹⁶ que este tipo de defesas não justificam os actos, mas apenas desculpam o agente.

A segunda considera às posições de António Cassese¹⁹⁷ no sentido de que acolhe também o princípio *ignorantia legis non excusat*, considerando que o erro de direito pode funcionar como uma desculpa, não quando o agente desconhecia a ilegalidade da sua conduta, mas quando (i) desconhecia um dos elementos essenciais de direito, contido numa proibição internacional de uma certa conduta, e desde que (ii) esse desconhecimento não resulte da sua negligência em conhecer, e ainda que (iii) consequentemente, o agente dessa acção não possua o elemento subjectivo (*mens rea*) relativamente ao tipo legal de crime preenchido por essa conduta. Esta avaliação daquilo que é exigível que o agente conheça sobre o direito, tal como faz Elies van

¹⁹³ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p.305.

¹⁹⁴ A autora cita a partir do caso do *High Command in Freidman* (1972), Vol. II, p. 1433. *The High Command Trial* (30 December 1947 - 28 October 1948) (*The United States of America vs. Wilhelm von Leeb, et al.*).

¹⁹⁵ A autora cita a partir de caso *Peleus* julgado por *British Military Court, Hamburg* 1945, 13 *ILR*, p. 249.

¹⁹⁶ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p.316.

¹⁹⁷ *International Criminal Law*, 2nd ed., p.294.

Sliedregt, deve ter em conta o próprio agente, o seu perfil intelectual¹⁹⁸, a sua educação, o seu treino, a sua posição hierárquica e ainda a importância do valor protegido.

A terceira faz referência às posições que, entre nós Taipa de Carvalho¹⁹⁹ vem defendendo. As posições deste autor, apesar de não absolutamente coincidentes com os anteriores (o que se compreende, pois sua análise tem em conta as posições do ordenamento nacional), reforçam a questão de saber, quando deve ser afastada a responsabilidade criminal de um agente, como base no erro de direito. Assim, para este autor, a segunda parte do n.º 2 do artigo 32º do Estatuto de Roma refere-se ao erro ou falta de consciência da ilicitude do facto típico praticado, que, como sabemos, no nosso ordenamento jurídico pode ser uma causa de exclusão da culpa. Taipa de Carvalho aduz, a este respeito, um importante esclarecimento. “Tendo em conta a gravidade dos crimes previstos nos artigos 6º, 7º e 8º do Estatuto, será fácil e forçoso concluir que, em regra, a eventual falta de consciência da ilicitude do facto praticado será sempre censurável; portanto não implica a exclusão da responsabilidade criminal. Esta regra da irrelevância do erro sobre a ilicitude, no sentido de não excluir a responsabilidade penal, pode dizer-se que não tem excepções, quando estiverem em causa os crimes de genocídio e contra a humanidade (artigos 6º e 7º). Em princípio, a falta de consciência da ilicitude relativamente a estes crimes, nem sequer deverá constituir de per si causa de atenuação da pena”.²⁰⁰ Taipa de Carvalho admite, no entanto, que esta regra da irrelevância do erro sobre a ilicitude, no sentido de não excluir a responsabilidade penal, pode ter eventuais excepções, quando estiverem em causa os crimes de guerra (artigo 8º), fornecendo pistas para tais excepções, designadamente para as questões da protecção do património (apropriação de bens vs necessidade militar – artigo 8º, n.º 2, alínea a) (iv)), dos danos ambientais (ponderada a vantagem militar – artigo 8º, n.º 2, alínea b) (iv)), a destruição

¹⁹⁸ Pre-Trial Chamber, Lubanga Case §304-316 – Lubanga afirmou desconhecer que recrutar crianças com menos de 15 anos constituía crime punível pelo direito internacional... uma testemunha afirmou que, na sequência da ratificação do Estatuto de Roma pela República Democrática do Congo, discutiu com o acusado algumas questões que se colocavam sobre a necessidade de protecção das crianças.

¹⁹⁹ Direito e Justiça, 2006, p. 156ss.

²⁰⁰ Taipa de Carvalho, Direito e Justiça, p. 156 in fine.

ou apreensão de bens (ponderada a necessidade militar - artigo 8º, n.º 2, alínea b) (xiii) e o saque após o assalto (artigo 8º, n.º 2, alínea e) (v)). Este autor termina a análise desta norma, posicionando-se em linha com Antonio Cassese, no sentido em que a avaliação da eventual não censurabilidade da falta de consciência da ilicitude, dependerá “do estatuto e das funções subordinadas que o respectivo infractor tenha e desempenhe”, salientando a importância da educação, formação militar e do desempenho das funções de comando.²⁰¹

Kai Ambos afirma, quase à guisa de sumário das posições anteriores, que o Estatuto de Roma distingue “[E]m caso de erro distingue entre erro de facto (mistake of fact) e erro de direito (mistake of law) (artigo 32º). Em ambos os casos a questão é se o erro faz desaparecer o elemento subjectivo (mental element), ou seja, o dolo do tipo (knowledge e intent segundo o artigo 30º). Esta posição corresponde ao princípio da «common law» em que um erro de facto é relevante e um erro de direito é irrelevante, uma vez que o primeiro faz desaparecer o dolo e no segundo tal não acontece... um soldado mata um civil, acreditando tratar-se de um soldado inimigo (erro de facto), falta a este soldado o dolo da factualidade típica, isto é, matar um civil é crime de guerra, isto é, o erro elimina o dolo do tipo; se o soldado afirma não saber que a morte de civis era punível (erro de direito), intervém a regra ignorantia non nocet, e esta regra deixa intacto o dolo porque ao matar o civil, fê-lo de forma consciente e voluntária (tradução do autor)”.²⁰²

- Inimputabilidade – (artigo 26º), insanidade ou desordem mental – (alínea a) do n.º 1 do artigo 31º) e intoxicação – (alínea b) do n.º 1 do artigo 31º) – são catalogadas por Antonio Cassese como modos de exclusão da responsabilidade criminal, ou de outro modo, causas de desculpa com base na falta de autonomia individual, isto é, o agente que pratica um facto típico não pode dispor da sua capacidade de se auto determinar

²⁰¹ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 298.

²⁰² Kai Ambos *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, p. 121.



*perante o facto e de agir de acordo com a sua vontade, livremente formada.*²⁰³ Relativamente à inimputabilidade de menores de 18 anos, segue-se o regime praticado na maior parte dos países, remetendo tais indivíduos para regimes especiais cujos processos correm também em tribunais especiais, e portanto fora das instâncias internacionais. Todavia, não qualificando como crime previsto no Estatuto de Roma o recrutamento de crianças com mais de 15 anos (artigo 8º, n.º 2), alínea e) (vii)), fica aberta a impossibilidade de responsabilização de criminosos de guerra com idades compreendidas entre os 16 e os 18 anos de idade ou com idade inferior. No que respeita à insanidade ou desordem mental, esta deve ser avaliada no momento da prática do facto típico e que em caso afirmativo deve ter como consequência a falta do elemento subjectivo que permite a qualificação do acto como crime perante o direito internacional. O caso mais interessante sobre esta matéria talvez se possa indicar como sendo o caso *Stenger & Crusius*, julgado pelo Tribunal de Leipzig em 1921.²⁰⁴ Finalmente, a questão do conceito de intoxicação a que se refere o Estatuto deve ser abordada no sentido de uma intoxicação física em resultado da ingestão de álcool ou de substâncias estupefacientes e/ou psicotrópicas, que funcionam no sentido de inibirem o agente da consciência das suas acções. Claro está que esta exclusão da sua responsabilidade não pode aproveitar quando o agente se coloca voluntariamente intoxicado em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou de que haveria o risco de tal suceder.

²⁰³ *International Criminal Law*, 2nd ed., p. 262.

²⁰⁴ *Caso Stenger & Crusius*: o Capitão Crusius do Exército Alemão, comandante de companhia, foi acusado de passar às tropas sob o seu comando uma ordem do Major General Stenger, no sentido de não fazer prisioneiros de guerra as tropas francesas inimigas, durante a batalha de 26 de Agosto de 1914, junto a Sainte Barbe (Alsace). Os factos apurados pelo tribunal foram os seguintes: "General Stenger... in his capacity as Commander of the 58th Infantry Brigade, issued in August 1914, an order to the effect that all prisoners and wounded were to be killed (p. 151)"; "...Major Crusius was charged with having passed on the General Stenger's order, and with having thereby caused the killings of several French wounded (p. 152)"; "... There was no evidence, save that Major Crusius, actually to the effect that General Stenger issued the order (p. 159)"; "...The accused Major Crusius acted in the mistaken idea that General Stenger, at the time of the discussion near the chapel, had issued the order to shoot the wounded (p. 160)"; "...26th August that a complete mental collapse... can with certainty be said to have occurred (p.166)"; "... his limited faculty of volition when the act was committed, due to nervous troubles and intense excitement... imprisonment for two years, is therefore, the proper punishment. On the other hand the extremely serious consequences entailed by his behavior must be considered... the accused is sentenced for homicide by negligence... (p. 167)". [Em Linha] [Acesso em 26 de Dezembro de 2009] - The Leipzig Trials, Claud Mullins, Cliveden Library, 1922, London, <http://www.archive.org/stream/leipzeigtrialsac00mull#page/166/mode/2up>.

- *A represália beligerante, a defesa “tu quoque” e a necessidade militar (n.º 3 do artigo 31º) – São as figuras que constituem as designadas defesas não estatutárias e para as quais o n.º 1 do artigo 31º, conjugado com o artigo 21º, serve também de porta de entrada. Claro está que esta porta de entrada também está aberta para outras defesas procedimentais que estão fora do objecto do nosso estudo. As três defesas enumeradas são defesas clássicas na perspectiva do direito dos conflitos armados e, ao contrário das figuras até agora apresentadas, não têm conceitos correspondentes no direito doméstico. Cada uma delas constitui, portanto, uma derrogação justificada do direito dos conflitos armados. A represália beligerante pode ser definida como “um acto, em clara violação de uma regra do direito dos conflitos armados, dirigido por uma parte contra uma outra parte de um conflito armado, com a finalidade de que esta segunda parte suspenda a violação de uma outra regra do direito dos conflitos armados”(tradução do autor)²⁰⁵. Trata-se, portanto, de uma violação justificada do direito dos conflitos armados, que não deve ser confundida com outras formas de retaliação. A sua origem está associada às Convenções de Genebra²⁰⁶, mas não foi incluída no Estatuto de Roma, nem nos Estatutos dos Tribunais ad hoc, provavelmente porque, desde 1945, não são permitidas represálias armadas. A defesa “tu quoque” é uma figura não muito diferente da anterior, mas o suficiente para que a sua aplicabilidade nos termos do Estatuto seja quase impossível. O conceito é quase igual ao anterior, isto é, permite a violação do direito internacional, tendo por base a violação das regras por parte do adversário, mas sem o objectivo de compelir o adversário a observar as regras já por ele violadas. “Tu quoque” significa literalmente “tu também” e tem o seu fundamento no Velho Testamento e numa lógica de “olho por olho, dente por dente”. Esta defesa foi invocada por diversas vezes (por exemplo, no caso do Alto Comando em Nuremberga e no caso Kupreškij no ICTY), mas foi sempre rejeitada. O argumento principal parece ser o facto de que nos*

²⁰⁵ Elis van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, 2003, p.291.

²⁰⁶ Artigo 46º GC I; Artigo 47º GC II; Artigo 13º 3) GC III; Artigo 33º GC IV.

crimes elevados à categoria de *jus cogens*, são insusceptíveis de defesas como esta, devido ao seu carácter de normas imperativas. Razões pelas quais pensamos que o mesmo se aplicará na perspectiva do (n.º 3 do artigo 31º). Finalmente, uma referência à necessidade militar e ao estado de necessidade desculpante²⁰⁷ a que se refere a alínea d) do n.º 1 do artigo 31º do Estatuto de Roma. O conceito de “necessidade desculpante” pertence ao Direito Criminal Internacional e o conceito de “necessidade militar” ao acervo do Direito dos Conflitos Armados. O primeiro conceito qualifica a conduta de um agente que se enquadra numa escolha entre dois males, entre duas ofensas. O segundo conceito pondera entre a execução de interesses militares e certos aspectos de protecção humanitária. Este conceito de necessidade militar difere das figuras anteriores, no sentido em que não só é justificável, mas consiste na necessidade de aplicação de certas medidas indispensáveis para assegurar a própria finalidade das acções armadas, acções essas, que são legais de acordo com o direito dos conflitos armados. São exemplos de necessidade militar as seguintes normas: artigo 23º, alínea g) HR Guerra Terrestre (1907), artigo 4º, n.º 2 da Convenção para a Protecção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (1954)²⁰⁸, artigo 33º GC I, artigos 49º e 53º GC IV (1949), artigos 54º, n.º 5 e 62º, n.º 1 AP I (1977). Ao contrário das figuras anteriores, o Estatuto de Roma menciona-a no seu artigo 8º, n.º 2, alíneas a) (iv) e e) (xi) e foi considerada pelos Tribunais em diversos casos, designadamente no caso do Alto Comando²⁰⁹ e Reféns.²¹⁰ Todavia, importa aduzir uma última consideração. A necessidade militar é um interesse de um Estado ou de uma outra parte num conflito armado, não é um direito de cada indivíduo, como é, por exemplo, a vida ou a propriedade essencial à sua sobrevivência. Se esta defesa for aplicável, o Estado então deve exonerar de responsabilidade um

²⁰⁷ Esta última figura ser encontrada no Direito Internacional sob a designação de “necessidade” ou “coacção” (duress).

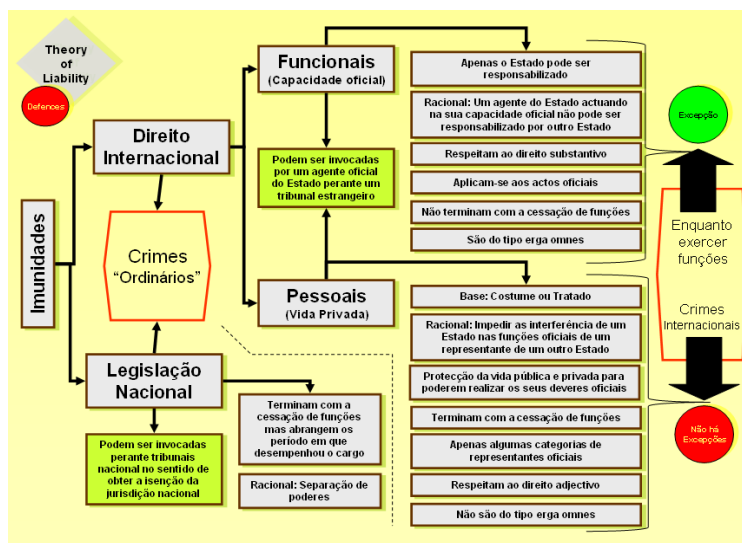
²⁰⁸ Adoptada a 14 de Maio de 1954 pela Conferência da Haia de 1954 sobre a Protecção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (que reuniu de 21 de Abril a 14 de Maio de 1954).

²⁰⁹ The High Command Trial (30 December 1947 - 28 October 1948) (The United States of America vs. Wilhelm von Leeb, et al.).

²¹⁰ The Hostages Trial (8 July 1947 – 19 February 1948) or Southeast Case (The United States of America vs. Wilhelm List, et al.).

indivíduo, na sua conduta enquanto titular de uma capacidade pública e apenas enquanto instrumento de um Estado.

• Imunidades (artigo 27º) – Deixamos para último lugar a questão das imunidades, não por uma razão em particular, mas somente por ser um tema recorrente, muito em especial aquelas associadas aos crimes internacionais e em particular aos crimes de guerra. A figura dá uma ideia do modo como estão organizadas as imunidades numa perspectiva nacional e internacional. Deve, no entanto, notar-se que a esta organização dos diversos tipos de imunidades se aplica, sem excepção, aos designados crimes ordinários. Todavia, deve observar-se o seguinte: por um lado, as duas classes de imunidades (funcionais e pessoais) coexistem e por vezes até se sobrepõem uma vez que, durante o desempenho das suas funções, o agente do Estado goza em simultâneo as duas classes de imunidades; por outro, o agente do Estado goza sempre de uma imunidade funcional, com apenas uma excepção, designadamente em certos casos de crimes



internacionais; por outro lado ainda, essa excepção não aproveita a imunidade pessoal, com a consequência prática de que, a sua eventual responsabilização, só pode fazer-se depois do agente cessar as suas funções oficiais (a imunidade funcional deixa de existir por via da excepção e a imunidade pessoal termina com as funções). Isto é, para certos tipos de crimes internacionais, o agente oficial do Estado perde a sua imunidade funcional, mas mantém a sua imunidade pessoal, pelo que só poderá, eventualmente, ser responsabilizado após cessar funções. Entre esses crimes de natureza internacional que

constituem a exceção a que nos referimos anteriormente, figuram os crimes de guerra, os crimes contra a paz, os crimes contra a humanidade, designadamente a tortura. O caso mais mediático foi, sem dúvida, a decisão de 24 de Março de 1999 da Câmara dos Lordes, no caso do General Pinochet, no sentido em que esta considerou que, “relativamente a qualquer alto dirigente do Estado, a imunidade funcional não afasta a responsabilidade por crimes internacionais (tradução do autor)”²¹¹, posição aliás coincidente com a posição do ICTY no caso Tihomir Blaškić em Lašva Valley (IT-95-14)²¹², com a posição do Congo perante o TIJ no caso Abdulay Yerodia Ndombasi, República Democrática do Congo v. Bélgica²¹³ e ainda do Tribunal Especial para a Serra Leoa (SCSL), no caso Charles Ghanqay Taylor²¹⁴. Antonio Cassese chama a atenção para a razão que preside à existência desta regra, referindo-o através de uma citação, que o mesmo autor considera muito actual, contida no relatório Robert H. Jackson, em 6 de Junho de 1945, para o Presidente Roosevelt: “Hoje, muito mais que no passado, são os agentes dos Estado, em particular os altos dirigentes do Estado, que cometem crimes internacionais. Estes agentes, a grande maioria das vezes, não o fazem directamente, mas através de ordens, de planos, de instigação, de organização, de ajuda, de encobrimento ou simplesmente através da tolerância culpável ou, ainda, negligentemente falham a sua prevenção e o seu castigo. Esta é a razão por que o conceito de “responsabilidade do superior” adquiriu tal importância desde o caso do

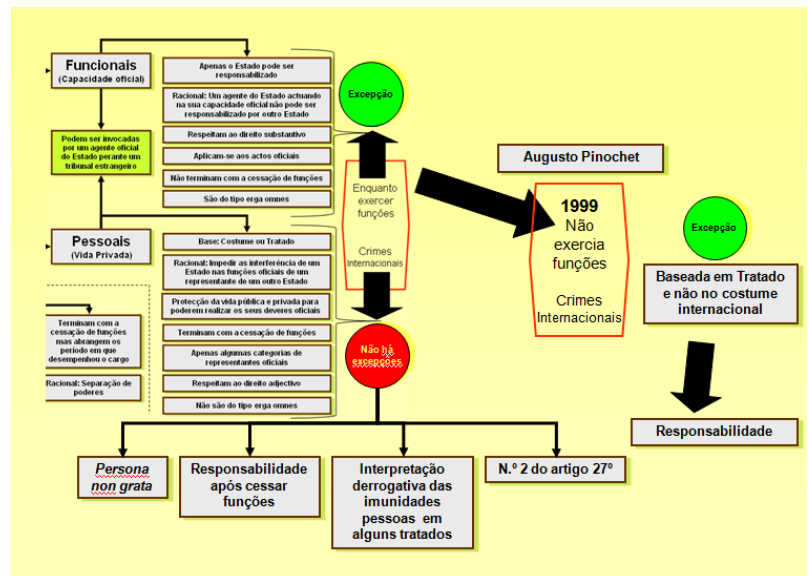
²¹¹ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed., p. 306, citando Lord Millet. Antonio Cassese também esclarece que o General Pinochet apenas perdeu a sua imunidade *ratione materiae*, uma vez que o Chile ratificou a Convenção para a Prevenção da Tortura. Por outras palavras, neste caso a indisponibilidade da imunidade funcional não derivou do costume internacional, mas de um tratado ratificado pelo seu Estado.

²¹² Instância de Apelo, de 29 de Julho de 2004, §41. Indeed, it appears that under the Trial Chamber's standard, any military commander who issues an order would be criminally responsible, because there is always a possibility that violations could occur.

²¹³ International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002. §48. “The Congo states further that it does not deny the existence of a principle of international criminal law, deriving from the decisions of the Nuremberg and Tokyo international military tribunals, that the accused's official capacity at the time of the acts cannot, before any court, whether domestic or international, constitute a ground of exemption from his criminal responsibility or a ground for mitigation of sentence”. The Congo then stresses that the fact that immunity might bar prosecution before a specific court or over a specific period does not mean that the same prosecution cannot be brought, if appropriate, before another court which is not bound by that immunity, or at another time when the immunity need no longer be taken into account. It concludes that immunity does not mean impunity”. [Em Linha] [Acesso em 26 de Dezembro de 2009]. <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>.

²¹⁴ In the Appeals Chamber, Case Number SCSL-2003-01-I, 31st May 2004, Decision on immunity from jurisdiction, §52-53. [Em Linha] [Acesso em 26 de Dezembro de 2009] <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=7OeBn4RulEg=&tabid=191>.

General Yamashita (1946). Dar a possibilidade a este tipo de agentes de usufruir de uma liberdade sem responsabilidade apenas por que actuaram ao abrigo da sua capacidade oficial (excepto em alguns casos por via de acessão de tratados), significaria ceder às grandes preocupações da comunidade internacional (tradução do autor)".²¹⁵ Finalmente, uma palavra sobre as imunidades pessoais. Com vimos inicialmente, as imunidades pessoais parecem resistir às excepções que derrubam as imunidades funcionais, isto é, parecem continuar válidas, mesmo se o agente do Estado praticou certos tipos de crimes internacionais e desde que este se mantenha em funções. A esta mesma conclusão chegou a jurisprudência nos casos Pinochet no Reino Unido (um chefe de Estado fora do exercício das suas funções) e Fidel Castro em Espanha (um chefe de Estado no exercício das suas funções) e do Tribunal Internacional de Justiça. Neste caso, pode perguntar-se como se pode proceder para apurar



responsabilidade de tais crimes?

A figura fornece algumas pistas mas apenas encontramos uma explícita derrogação expressa desta protecção no n.º 2 do artigo 27º do Estatuto de Roma, e em mais nenhum outro local. Antes de terminar, apenas uma brevíssima nota sobre o problema da responsabilização por tribunais nacionais, de um agente acusado de crimes internacionais e gozando de imunidades nacionais. Isto é, confronta-se uma imunidade nacional com o dever internacional de punir autores de crimes internacionais (neste âmbito, deve destacar-se a existência da Convenção das Nações Unidas sobre a não

²¹⁵ *International Criminal Law*, 2nd ed., p.307.

*Aplicabilidade de Prescrição).*²¹⁶ É, por certo, um problema que deve ser encontrado nas regras de prevalência de cada um dos Estados e, normalmente, as Constituições consideram que o Direito Internacional é superior ao Direito nacional ordinário e, em alguns casos, superior mesmo ao Direito Constitucional. Uma coisa parece certa, os Estados partes do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, devem ter este conflito já resolvido. Voltaremos a este assunto no Capítulo 5 a propósito da responsabilidade dos superiores hierárquicos não militares.

4.8.1. Em particular a defesa «obediência às ordens superiores»

*“A assumption of base is a de que o subordinado
pode ter que enfrentar um dilema. . .”
Antonio Cassese²¹⁷*

*“A man of ordinary sense and understanding
would have known the order was unlawful”.
US Court of Military Appeal, Calley case²¹⁸*

*“Os maus chefes chegaram e despertaram as suas
paixões primitivas”.
Bernard Michael²¹⁹*

“Sabe-se que os homens que actuam sob ordens são capazes dos factos mais hediondos. Quando mais tarde são confrontados com esses mesmos factos, não se reconhecem a si mesmos”.²²⁰ Sabemos também que a defesa no cumprimento de ordens superiores, como refere a Comissão das Nações Unidas para os Crimes de Guerra, foi invocada mais vezes que qualquer outra.²²¹ Mas o que é facto é que um exército nacional existe como produto da vontade de uma comunidade em dar existência a um corpo militar capaz de fazer face a situações invulgares e extremas, na perspectiva do garante dos valores fundamentais dessa mesma comunidade. Um

²¹⁶ Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, G.A. Res. 2391 (XXIII), annex, 23 U.N. GAOR Supp. (No. 18) at 40, U.N. Doc. A/7218 (1968), entered into force Nov. 11, 1970.

²¹⁷ International Criminal Law, 2nd ed., p.268 (adaptado).

²¹⁸ Natalia M. Restivo, Defense of Superior orders in International Crime Law as Portrayed in three trials: Eichmann, Calley and England, 2006, p. 15.

²¹⁹ Os grandes julgamentos da História: o julgamento de Nuremberga, p. 87.

²²⁰ Kai Ambos, Impunidad Y Derecho Penal Internacional, 2nd ed, Buenos Aires, p. 239.

²²¹ United Nations War Crimes Commission, Volume XV, p. 157.

dos elementos distintivos dum corpo militar é, precisamente, a capacidade de operar fora do tempo de paz com relativa eficiência. Essa eficiência obtém-se através da criação de um conjunto de circunstâncias especiais em tempo de paz, que tornam possível o seu funcionamento quando todos os outros recursos falham. Uma dessas circunstâncias especiais é a manutenção e o desenvolvimento da disciplina militar. Assim, qualquer que seja o exército, a sua natureza de corpo especial funda-se na existência de uma disciplina militar. A disciplina militar, como já referimos nos capítulos anteriores, baseia-se num facto simples: todos os subordinados devem execução pronta, imediata, voluntária e diligente aos seus superiores.²²² Não se trata de um conceito corrente de disciplina, como os conceitos de disciplina escolar, disciplina laboral ou até disciplina religiosa ou familiar, que, como explica Cármen Gómez Rivero²²³, se baseiam em relações intersubjectivas privadas. Freitas do Amaral explica que “a disciplina pode ser olhada pelo aspecto objectivo, como conjunto de normas que num dado grupo social asseguram a sua coesão e a realização dos fins que o justificam; ou pelo aspecto subjectivo dos deveres a que está sujeito cada um dos membros de certo grupo social nas suas relações com o próprio grupo e com os outros membros”.²²⁴ O mesmo autor explica que, no caso da disciplina militar, “... a gravidade dos interesses em causa, ... exigem uma disciplina severa em cuja escala de sanções figuram penas privativas de liberdade (detenção e prisão)²²⁵ desconhecidas da disciplina das funções civis”.²²⁶ Neste caso, a disciplina militar deve ser concebida para, em última análise, conduzir os indivíduos militares, através de situações limite, até ao confronto com o adversário, impulsioná-los sob a acção mortífera e, se necessário, desencadear o sacrifício supremo das suas vidas, através de um dever especial de

²²² Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril, com diversas alterações - Regulamento de Disciplina Militar. Artigo 1.º (Conceito de disciplina) A disciplina militar consiste na exacta observância das leis e regulamentos militares e das determinações que de umas e outros derivam; resulta, essencialmente, de um estado de espírito, baseado no civismo e patriotismo, que conduz voluntariamente ao cumprimento individual ou em grupo da missão que cabe às forças armadas. Artigo 2.º (Bases da disciplina) A disciplina deve encaminhar todas as vontades para o fim comum e fazê-las obedecer ao menor impulso do comando...

²²³ ¿Aun un espacio de la racionalidad para la obediencia debida? De clásica problemática al Estatuto de la Corte penal Internacional, Julho 2004.

²²⁴ Manual de Direito Administrativo. Almedina, Tomo II, 10ª ed., 6ª reimpressão, §310.

²²⁵ Artigos 26º e seguintes do Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril, com diversas alterações. O artigo 33º do ante-projecto de Regulamento de Disciplina Militar (2008) substitui a expressão «detenção» por «proibição de saída», mas mantém a prisão disciplinar ainda que com outro enquadramento. Para além do mais, define no seu artigo 1º, hierarquia e disciplina como valores fundamentais militares, sendo a obediência vista como um dever especial, nos termos do n.º 2 do artigo 11º.

²²⁶ Manual de Direito Administrativo. Almedina, Tomo II, 10ª ed., 6ª reimpressão, §310.

obediência. Ora o problema da defesa em cumprimento de ordens superiores coloca-se, como faz Lorenzo Cueva²²⁷, afirmando que este problema reside no simples facto de se dar ao subordinado a possibilidade de valorar se a autoridade que emana a ordem o faz dentro das suas competências e prerrogativas. Quanto a nós, o Direito Internacional não dá a possibilidade mas, pelo contrário, impõe tal valoração uma vez que a possibilidade de desobedecer é o primeiro obstáculo para a prática de certos crimes.

A obediência é definida por Joan Josep Jimenez como “aquela relação que se caracteriza por uma atitude pessoal consistente com a assumpção de voluntariedade de um sujeito, o inferior, para com mandatos imperativos que se denominam genericamente ordens, emitidas por outra pessoa, o superior, executando o primeiro de tais mandatos (tradução do autor)”²²⁸. O mesmo autor destaca a necessidade de uma certa interiorização e voluntariedade no conceito de obediência, características sem as quais não pode falar-se verdadeiramente de obediência. A este propósito Yoram Dinstein²²⁹ cita Montgomery, referindo que “... neste sentido a disciplina militar incorpora uma total revalidação da própria alma do soldado, isto é, deve ser capaz de ultrapassar o seu instinto natural para salvar a sua pele”. Também Pierre Boissier e o Tribunal Militar Israelita no caso Kafr Kassem (1956)²³⁰ parecem ter encontrado uma expressão sintética para a problemática da obediência militar: “o sucesso militar, as vidas de muitos soldados e acima de tudo, a segurança da nação parecem, todavia, compelir a uma total obediência, sem considerações técnicas, sem hesitação ou dúvida”²³¹. Assim, podemos considerar, como faz Dario S. Corgatelli, que a dependência hierárquica está na origem da problemática da obediência devida, isto é da obrigação de execução.²³² Esta obrigação de

²²⁷ *La obediencia debida, aspectos legales y político-criminales*, p.23.

²²⁸ *La obediencia debida en el código penal*, p. 27.

²²⁹ *The defence of 'obedience to superior orders' in international law*, 1965, p. 5.

²³⁰ *Military Prosecutor vs Melinkı*, Vol. 17, p. 90 at 213 – Também conhecido pelo massacre de Kafr Kassem ou Qasim, aconteceu na localidade árabe de Kafr Kassem localizada na «linha Verde» que, àquele tempo, correspondia de facto à fronteira entre Israel e a Jordânia (20 de Outubro de 1956). Em resultado das acções da polícia israelita, foram mortos 48 indivíduos entre os quais 6 mulheres e 23 crianças entre os 8 e os 17 anos. O julgamento que se seguiu aos incidentes de Kafr Kassem foi considerado, pela primeira vez, que os membros das forças de segurança devem desobedecer a ordens ilegais. O colectivo decidiu que, por um lado, os subordinados não têm a obrigação de examinar cada uma das ordens recebidas, nem podem desobedecer apenas porque lhes parece que as ordens são ilegais. Por outro lado, algumas ordens são manifestamente ilegais e essas devem ser desobedecidas.

²³¹ *L'Epée et la Balance*, Geneva, Labor et Fides, p. 47 e 61-62.

²³² *La Revista de Derecho*, p. 169.



execução tem por fundamento a legitimidade do titular autor da ordem. Nesta questão, trata-se, portanto, de apurar a responsabilidade penal do executante de um crime, em cumprimento de uma ordem emanada de um superior hierárquico. O problema pode colocar-se desta maneira²³³: quando um militar subalterno é confrontado com uma ordem ilegal, a execução dessa ordem pode constituir uma ofensa criminal, ou é, ela própria, uma defesa admissível em direito internacional? O que está em causa, como explica Taipa de Carvalho²³⁴, é saber quais são os pressupostos de que depende a exclusão da responsabilidade criminal do inferior, quando as condutas criminosas por este praticadas o forem em cumprimento de uma ordem dada pelo seu superior hierárquico.

Por um lado, a essência do conceito de obediência associado à disciplina militar requer a execução de uma ordem emanada de um agente titular de uma legitimidade fundamentada na lei. Todavia, essa mesma execução pode conflitar com a imperativa necessidade de observar a própria supremacia da lei, na conformidade do acto obediente com o próprio direito. A questão fundamental é, pois, como preservar, por um lado, a supremacia da lei e, por outro, manter um atributo tão essencial a todos os exércitos, como é a disciplina militar através da obediência. Antonio Cassese²³⁵ refere o problema na mesma linha afirmando que o dilema está em, por um lado, respeitar a hierarquia e consequentemente executar a ordem, quer ela seja legal ou não; ou, por outro lado, recusar o cumprimento da ordem ilegal, para não desrespeitar a própria lei. A. V. Dicey descreveu este dilema através das seguintes inequívocas palavras: “a situação de um soldado, pelo menos teoricamente e talvez na prática, é difícil. Ele, tal como foi dito, tem a possibilidade de ser fuzilado por um tribunal militar se desobedecer a uma ordem ou, em alternativa, de ser enforcado por juiz ou por um júri, se decidir obedecer a uma ordem ilegal (tradução do autor)”²³⁶. As palavras são talvez um pouco extremas, mas encerram uma verdade que deve ser considerada.

²³³ Yoram Dinstein, *The defence of 'obedience to superior orders' in international law*, p. 6.

²³⁴ *Direito e Justiça*, p. 158.

²³⁵ *International Criminal Law*, 2nd ed., p. 268.

²³⁶ *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., London, p. 303.

4.8.1.1. As origens do problema

“O julgamento do Cavaleiro Peter von Hagenbach em 1474 suscitou pela primeira vez o problema, ainda que não numa perspectiva internacional moderna”.

*Robert Cryer*²³⁷

*Referimos anteriormente o relatório que Robert H. Jackson enviou em 6 de Junho de 1945, ao Presidente Roosevelt, para sublinhar que, a grande maioria das vezes os verdadeiros arquitectos dos crimes internacionais não os executam directamente, mas tirando partido da sua posição, praticam-nos através de ordens, de planos, de instigação, de organização, de ajuda, de encobrimento, ou simplesmente através da tolerância culpável ou, ainda, negligentemente falham a sua prevenção e o seu castigo.*²³⁸

Nos Capítulos 1 e 3 fizemos diversas referências à responsabilidade do superior, entre as quais as colocadas em 1863 pelo Lieber Code. Retomamos agora a mesma temática, mas numa perspectiva mais internacional, com Lassa Francis Lawrence Oppenheim. A doutrina da “respondeat superior” foi aduzida por Lassa Oppenheim em 1906²³⁹ no seu Treatise on International Law.²⁴⁰ Nas quatro edições seguintes, 1912, 1921²⁴¹, 1926 e 1935 o texto manteve-se inalterado. A sexta edição foi preparada por Hersch Lauterpacht que havia

²³⁷ Superior Orders and the ICC, p. 50.

²³⁸ Mas a problemática não surgiu em 1946 e é, como afirma Elis van Sliedregt, uma das defesas melhor conhecidas no âmbito dos crimes de guerra. The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law, p. 316.

²³⁹ Transcreve-se o texto original - Oppenheim, International Law, vol. 2 e (3rd ed. by Roxburgh), p. 343: “violations of rules regarding warfare are war crimes only when committed without an order of the belligerent government concerned. If members of the armed forces commit violations by order of their government, they are criminals... In case members of forces commit violations ordered by their commanders, the members may not be punished, for the commanders are alone responsible, and the latter may, therefore, be punished as war criminals on their capture by the enemy.”

²⁴⁰ Data deste mesmo ano o caso Casablanca Deserts que se resolveu por arbitragem entre a França e a Alemanha, perante o Tribunal Permanente de Arbitragem. No Relatório do caso, a páginas 110, pode ler-se o seguinte: “The Moroccan soldier at the Consulate, in aiding the deserters to embark, acted only in accordance with the orders from his superiors and, by reason of his inferior position, could not have incurred any personal responsibility”.

²⁴¹ A terceira edição da obra teve lugar em 1921, já depois da sua morte que ocorreu em 1919. Esta edição foi preparada por Roxburgh. As edições de 1926 e 1935 foram preparadas por McNair e Lauterpacht, respectivamente.



também já orientado a quinta edição. Todavia, o texto nesta última edição sofreu uma alteração radical: “O facto de uma norma do Direito da Guerra ter sido violada no cumprimento de uma ordem de um governo ou de um superior comandante, não retira ao acto o seu carácter de crime de guerra... (tradução do autor)”.²⁴² Hersch Lauterpacht rejeitou a doutrina da “respondeat superior” num artigo publicado em 1944, intitulado “The law of nations and the punishment of war crimes”, onde defendeu o seguinte: “a doutrina internacional rejeitou quase universalmente a doutrina das ordens superiores, como uma justificação absoluta para os crimes de guerra”.²⁴³ Esta ideia foi repetida nas edições de 1944 e 1952. A posição inicial de Lassa Oppenheim foi vertida no artigo 443º do *British Manual of Military Law*, que vigorou entre 1919 e 1944, em linha também com as *American Rules of Land Warfare*. Curiosamente, o Tribunal Militar Americano, no caso *Reféns* julgado em Nuremberga, pronunciou-se no sentido de afirmar as posições finais de Hersch Lauterpacht do seguinte modo: “o facto de que os exércitos Americano e Britânico possam ter adoptado esta posição, como uma questão de orientação geral para os seus próprios exércitos, não pode ter a capacidade de o transportar para o Direito Internacional (tradução do autor)”.²⁴⁴

A doutrina da “respondeat superior” encontrou apoiantes muito especiais, designadamente Louis Renault (1915) e James Garner (1920). Como refere Antonio Cassese²⁴⁵ até à II Guerra Mundial este princípio tendia a prevalecer, com apenas a excepção demonstrada pelo caso do Capitão Henry Wirz.²⁴⁶ O argumento de ambos (Louis Renault e

²⁴² Transcreve-se o texto original - Oppenheim, *International Law*, vol. 2 e (6th ed.), p. 453-454: “The fact that a rule of warfare has been violated in pursuance of an order of the belligerent government or of an individual belligerent commander does not deprive the act in question of its character as a war crime...”

²⁴³ Transcreve-se o texto original - “Writers on international law have almost universally rejected the doctrine of superior orders as an absolute justification of war crimes”.

²⁴⁴ Yoram Dinstein, *The defence of ‘obedience to superior orders’ in international law*, p. 47. Na expressão original: “The fact that British and American Armies may have adopted it for the regulations of its [sic] own armies as a matter of policy does not have the effect of enthroneing it as a rule of international law”.

²⁴⁵ *International Criminal Law*, 2nd ed., p. 269.

²⁴⁶ Henry Wirz was born in Zurich, Switzerland in 1822. After graduating from the University of Zurich he obtained medical degrees from Paris and Berlin. Wirz emigrated to the United States in 1849 and established a medical practice in Kentucky. After marrying he moved to Louisiana. On the outbreak of the American Civil War he joined the Confederate Army. A sergeant in the Louisiana Volunteers, Wirz was badly wounded at the battle at Fair Oaks (May, 1862) and lost the use of his right arm. Unable to continue in active service, Wirz became a clerk at Libby Prison in Richmond. His commanding officer, Brigadier General John Henry Winder, was impressed by Wirz and he was soon promoted to the rank of major. Wirz spoke fluent English, German and Dutch, and on the advice of General John Henry Winder, President Jefferson Davis decided to send him on a secret mission to England and France. When Wirz returned to America he rejoined General John Henry Winder, who was now in charge of all



James Garner) ia no sentido de que o primeiro dever de um subordinado é obedecer e que a disciplina militar não suporta julgamentos dos subordinados sobre a legalidade ou a ilegalidade de uma ordem, simplesmente porque não estão em condições de o fazer. Este argumento trouxe uma dupla sustentação, quase inesperada, à doutrina “*respondeat superior*”, baseando-a nas necessidades da disciplina militar e de uma *bona fide* por parte do subordinado. Ora, esta segunda ideia é precisamente o argumento maior dos dissidentes da teoria inicial de *Lassa Oppenheim*. *Louis Renault* submete um outro argumento através do qual a doutrina da “*respondeat superior*” se baseia na compulsão, uma vez que é praticamente impossível a um subordinado desobedecer a uma ordem²⁴⁷, sublinhando que, em tempo de guerra, o subordinado tem muito poucas alternativas face a uma disciplina dura e com sanções inexoráveis, funcionando a disciplina quase como uma segunda natureza.

As soluções iniciais, aparentemente mutuamente exclusivas, foram o ponto de partida para encontrar uma fórmula que mitigasse o problema. Por um lado, a solução “*respondeat superior*” libertava automaticamente o subordinado de qualquer ónus relativo a execução da ordem, imputando toda a eventual responsabilidade criminal para a entidade emissora da ordem. Por outro, a solução da responsabilidade absoluta²⁴⁸ no caso da execução da ordem conduzir à prática de um ilícito criminal, o subordinado deverá recusar a obediência, sob pena de assumir automaticamente todas as consequências penais de tal execução. Ambas as soluções mostraram-se inadequadas. No primeiro caso, a solução não responde ao problema da tutela dos valores criminais e da supremacia da lei e, no segundo caso, a desobediência pura e simples é inconsistente com a disciplina militar. Desta dificuldade nasceu o princípio da manifesta ilegalidade, através do qual se procuraram harmonizar as questões da disciplina com as questões da supremacia da lei, princípio este que foi aplicado, com relativo sucesso, no

Union Army prisoners east of the Mississippi. During the summer of 1863 an agreement under which Union and Confederate captives were exchanged, came to an end. There was now a rapid increase in the number of prisoners and so it was decided to build Andersonville Prison in Georgia. In April, 1864 Winder appointed Wirz as commandant of this new prison camp. By August, 1864, there were 32,000 Union Army prisoners in Andersonville. The Confederate authorities did not provide enough food for the prison and men began to die of starvation. The water became polluted and disease was a constant problem. Of the 49,485 prisoners who entered the camp, nearly 13,000 died from disease and malnutrition. [Em Linha] [Acesso em 26 de Dezembro de 2009]. <http://www.spartacus.schoolnet.co.uk/USACWwirz.htm>.

²⁴⁷ Yoram Dinstein, *The defence of 'obedience to superior orders' in international law*, p. 51.

²⁴⁸ *Absolut liability* (na expressão anglo-saxónica).



juízo dos criminosos de guerra, pelo Tribunal de Leipzig, em 1921. Revisitemos então, sinteticamente, a jurisprudência de Leipzig, tal como já o fizemos no Capítulo 1, mas agora sob a estrita perspectiva da obediência:

- *No caso Robert Neumann, a base da acusação residia no facto do arguido ter batido num prisioneiro de guerra, na sequência de instruções do seu superior, devido à recusa do prisioneiro em se apresentar ao trabalho. O Tribunal absolveu-o de todas as acusações, com base no facto de que apenas é possível condenar a execução de uma ordem se, e só se, o executante sabia que a sua execução conduziria à prática de um crime;*
- *No caso Dover Castle, o arguido Karl Neumann, comandante de um submarino alemão, foi acusado de torpedear e afundar o navio hospital Dover Castle. O arguido admitiu o facto, mas alegou a mera execução de uma ordem do almirantado alemão. O almirantado alemão, por sua vez, fundamentou a ordem na desconformidade dos navios-hospital com os Regulamentos da X Convenção de Haia de 1907, isto é, a sua utilização para fins militares. Exactamente pelas mesmas razões que no caso anterior, fazendo uma referência à secção 47 do Código de Justiça Militar Alemão, apenas é possível condenar a execução de uma ordem se, e só se, o executante sabia que a sua execução conduziria à prática de um crime;*
- *No caso Llandovery Castle, o arguido Patzig, comandante de um submarino alemão, foi acusado de afundar o navio hospital Llandovery Castle, fora dos limites impostos pelo almirantado alemão, bem como de, no intuito de apagar qualquer vestígio desse facto, ter ordenado a dois dos seus subordinados (Dithmar e Boldt) que metralhassem os botes salvavidas, tendo estes afundado dois deles. O Tribunal considerou-os culpados, considerando a existência de tais instruções para outros limites geográficos, mas sublinhando que quer Patzig, quer os seus subordinados, não tinham qualquer dúvida sobre o carácter ilícito²⁴⁹ da ordem e tinham conhecimento pessoal do carácter universal da ilegalidade das ordens*

²⁴⁹ No original a expressão é a seguinte: “without any doubt whatever”. Yoram Dinstein, *The defence of ‘obedience to superior orders’ in international law*, p. 16-17.

que executaram. Estes dois elementos, de acordo com Yoram Dinstein, traduzem-se na manifestação pelo Tribunal do carácter manifestamente ilegal da ordem;²⁵⁰

- Finalmente, no caso *Stenger e Crusius*, o General Stenger foi acusado de emitir uma ordem para executar prisioneiros de guerra franceses feridos e o Major Crusius de executar essa mesma ordem. Relativamente ao General Stenger, o Tribunal considerou que tal ordem nunca existiu. Relativamente ao Major Crusius, o Tribunal deu como provado que o arguido cometeu tal acto debaixo de uma intensa perturbação mental que o levou a acreditar na existência de uma ordem que, na realidade, era inexistente. Isto é, o Major Crusius não sabia da ilegalidade da inexistência da ordem, quando agiu supostamente na sua execução, isto é, “o erro sobre os factos existia apenas na mente do arguido”²⁵¹. Pode então perguntar-se: porque foi condenado? A resposta pode encontrar-se na seguinte expressão do Tribunal “a matança indiscriminada de todos os feridos foi uma monstruosa medida de tempo de guerra, injustificável (tradução do autor)”²⁵², isto é, apesar de suposta existência de uma ordem, esta tinha, a existir, um carácter manifestamente ilegal.

Tendo por base as afirmações até agora produzidas, poderemos afirmar que legado da jurisprudência de Leipzig foi no seguinte sentido:

- a) Como regra geral, um subordinado, actuando na execução de uma ordem ilegal, não é criminalmente responsável por essa execução;
- b) A regra anterior torna-se inaplicável se o subordinado sabia que a ilegalidade da ordem conduzia à prática de um crime e mesmo assim obedeceu;
- c) Na determinação da avaliação do conhecimento da ilegalidade da ordem pelo subordinado executante poderá aplicar-se o teste do conceito de ordem manifestamente ilegal.

O legado da jurisprudência de Leipzig não encerrou definitivamente o assunto e um conjunto de outras preocupações continuaram a existir mesmo após 1921. Vejamos, pois, algumas dessas perplexidades. O conceito de ordem manifestamente ilegal levantou de

²⁵⁰ Yoram Dinstein, *The defence of 'obedience to superior orders' in international law*, p. 17.

²⁵¹ Yoram Dinstein, *The defence of 'obedience to superior orders' in international law*, p. 18.

²⁵² No original: “the indiscriminate killing of all wounded was a monstrous war measure, in no way to be justified”.

imediatos alguns constrangimentos. Em primeiro lugar, o de saber se o termo “manifestamente” ao ser entendido como “aquilo que é óbvio para qualquer pessoa de normais conhecimentos”²⁵³, tem medidas diferentes, consoante factores como a formação do agente ou o seu grau de inteligência²⁵⁴. Em segundo lugar²⁵⁵, levantou-se também a questão de saber se os limites da impunidade dos executantes estão apenas nos actos de execução de ordens manifestamente ilegais. Se assim fosse, esta seria uma boa razão para que todos os actos manifestamente ilegais fossem muito bem conhecidos, pelo menos dos militares disciplinados e treinados. Yoram Dinstein²⁵⁶ esclarece que o conceito de manifesta ilegalidade é apenas um teste, um critério auxiliar para a determinação subjectiva do conhecimento pessoal do subordinado, relativamente à ilegalidade da ordem. Aquilo que parece ser essencial é, na verdade, o princípio substantivo do conhecimento pessoal gerador de responsabilidade, uma vez que uma ordem pode muito bem conduzir à prática de um crime que não seja manifesto e que, mesmo assim, seja do conhecimento do subordinado. Ou, de outra maneira, um arguido não deve ser responsabilizado pela execução de um crime em obediência a uma ordem superior, se este o cometeu sem ter noção da sua ilegalidade. O conhecimento da ilegalidade da ordem a executar parece ser, nesta sede, o elemento decisivo.

A questão tornou-se ainda mais difícil quando alguns juristas trouxeram para a análise desta problemática o princípio bem conhecido *ignorantia juris non excusat*, facto que em Direito internacional levanta um problema complexo, cuja solução tem que ser encarada num âmbito mais alargado e não apenas na problemática da responsabilidade em obediência a ordens superiores. Yoram Dinstein discute o problema²⁵⁷, colocando a ênfase na questão do “erro de direito”²⁵⁸ que, no caso da obediência, não tem o carácter regular de outras situações e

²⁵³ Lauterpacht, *War Crimes*, p. 73, citado por Y. Dinstein, *The defence of ‘obedience to superior orders’ in international law*, p. 27

²⁵⁴ Yoram Dinstein dá o exemplo do subalterno executante professor de Direito Internacional e o executante subalterno que tem um coeficiente de inteligência superior à média.

²⁵⁵ Lord Cave, *War crimes and their punishment*, vol. 8, 1923, p.19-31.

²⁵⁶ Yoram Dinstein, *The defence of ‘obedience to superior orders’ in international law*, p. 34.

²⁵⁷ Yoram Dinstein, *The defence of ‘obedience to superior orders’ in international law*, p. 34.

²⁵⁸ Erro de direito tem lugar em três situações distintas: 1) O Agente não sabe que existe uma norma a proibir aquela acção, 2) O agente sabendo que a norma proibitiva existe, julga que não se aplica àquela acção em concreto e 3) O agente interpreta erradamente a norma (Scaliotti, 2002, p. B4) - [Em linha]. [Acesso em 18 de Maio de 2007]. http://www.unt.edu/honours/eaglefeather/2004_issue/HensonC3.shtml.

configura uma situação, isso sim, sui generis. Isto é, a execução da ordem, quando assumida pelo subordinado como legal, não o onera com uma responsabilidade criminal. Não se trata de depositar no seu superior uma presunção de legalidade das ordens, até porque, mesmo que o seu superior, para além do seu equipamento, da sua arma e dos seus manuais de combate, transportasse uma enciclopédia de Direito Internacional, essa garantia não pode ser validada. Para mais, apenas bastaria pensar no caso em que os subordinados sejam especialistas em direito internacional, técnicos desta ciência, não tendo os seus superiores preparação para além de uma perspectiva generalista. Trata-se de uma actuação convencida da sua legalidade e, daí, o mesmo autor reconhecer que, para o direito internacional, é válida a defesa no caso da obediência a ordens superiores ilegais, quando esta tenha por fundamento o erro de direito, e não o desconhecimento.

O contributo da jurisprudência de Leipzig, apesar de não ter resolvido a questão da determinação do conceito de acto de obediência em cumprimento de uma ordem manifestamente ilegal, nem as perplexidades da questão ignorantia juris non excusat, continua a valer pela ideia de equilíbrio necessária à busca de melhores soluções. Esse valor ficou uma vez mais demonstrado no julgamento do caso Kafr Kassem que retomou uma pista importante nesta matéria e cujas origens se devem, uma vez mais, à jurisprudência de Leipzig. Vejamos, pois, uma citação da decisão em primeira instância: “Estes dois valores fundamentais – a disciplina de um exército e a supremacia da lei – equilibram-se e complementam-se um ao outro. Não há qualquer contradição entre eles e cada um pode permanecer intacto sem diminuir o outro (tradução do autor)”²⁵⁹.

A ideia de que apenas a falta de mens rea, na qual obediência a ordens constitui uma prova circunstancial, pode proteger de responsabilidade criminal o subalterno, parecia continuar a vingar. Esta posição tem em conta os instrumentos internacionais que vieram a lume entre as duas Guerras Mundiais. O período seguinte pós-1945, designadamente nos

²⁵⁹ *Kafr Kassem judgments of the District Court of Israel, Vol 44, quoted by International Criminal Law: case and materials, Jordan Paust and others.*



artigos 7º e 8º da Carta do Tribunal Militar Internacional²⁶⁰ e no artigo 6º da Carta do Tribunal Militar Internacional para o Longínquo Oriente²⁶¹, vingou o não reconhecimento da defesa em cumprimentos de ordens superiores, como uma defesa em si, mas apenas como ponderação da sentença e com esta norma, estabeleceu-se a doutrina da responsabilidade absoluta. A maioria dos juristas consideram os textos juridicamente equivalentes, embora existam pequenas diferenças com pouco importância prática para o caso, de qualquer maneira, repudiando em geral a doutrina da «respondeat superior». Idênticas questões se colocaram no julgamento em Israel de Eichmann (1961) e, uma vez mais, neste caso, como no caso Kafr Kassem (1956), foi reconhecido quer a impossibilidade de analisar da legalidade de cada ordem de per si pelo subordinado, como também o princípio da manifesta ilegalidade das ordens, como a solução a aplicar. Infelizmente, nem a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 tem qualquer norma relativamente a este aspecto, nem as Convenções da Cruz Vermelha de 1949²⁶² lhe fazem referência.²⁶³ Em 1965, Yoram Dinstein, na sua obra “The defence of ‘obedience to superior orders’ in international law” apresenta uma proposta de redacção e que vai no seguinte sentido: “O facto de que um arguido actuou em obediência a ordens superiores não deverá constituir uma defesa por si própria, mas deve

²⁶⁰ Article 7º - The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment. Article 8º - The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

²⁶¹ Article 6º - Responsibility of Accused - Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

²⁶² As únicas disposições que se relacionam com o assunto são as seguintes: Article 49º (IGC, 1949) - The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following article. Article 50º (II GC, 1949) - The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article. Article 129º (III GC, 1949) - The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article. Article 146º (IV GC, 1949) - The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article.

²⁶³ Também a Comissão de Direito internacional, mandatada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, para preparar um Código de Offensas contra a Paz e Segurança da Humanidade, cuja versão de 1954, apresentou o seguinte texto: “The fact that a person charged with an offence defined in this code acted pursuant to an order of his government or of a superior does not relieve him of responsibility in international law if, in the circumstances at the time, it was possible for him not to comply with that order”, uma vez mais rejeitando doutrina da “respondeat superior”.



ser considerada, em conjunto com outras circunstâncias, no âmbito da uma defesa baseada na falta de mens rea do agente (tradução do autor)”²⁶⁴. Em suma, o debate jurídico em torno da defesa em cumprimento de ordens superiores produziu três escolas de pensamento:

- 1) A doutrina da responsabilidade exclusiva do superior ou, no original, «respondeat superior» (o subordinado nunca é responsável);*
- 2) A doutrina da responsabilidade total ou, no original “absolute liability” (o subordinado é sempre responsável); e*
- 3) A doutrina da responsabilidade limitada ou, no original, “condicional liability” (tese eclética).*

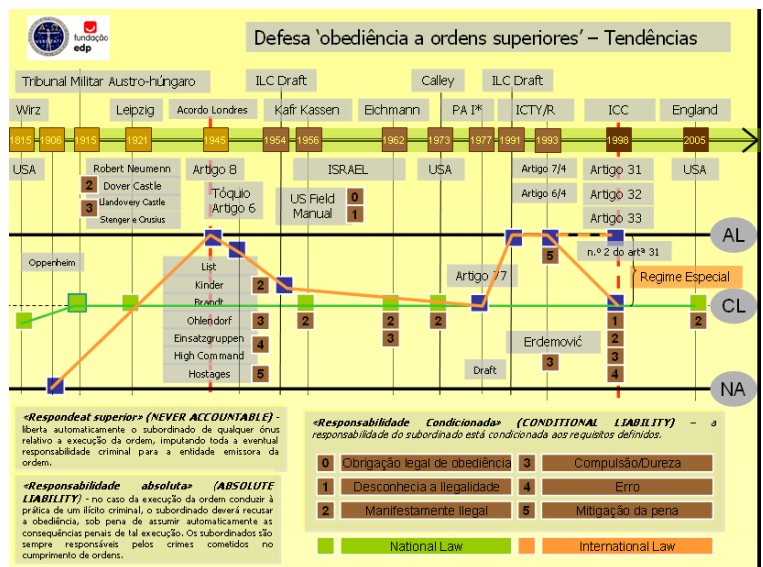
O debate, do nosso ponto de vista, deve centrar-se nos aspectos essenciais desta última, sem perder as referências dos argumentos invocados pelos defensores das duas primeiras. Já nos referimos à doutrina da “respondeat superior” no sentido em que libertava automaticamente o subordinado de qualquer ónus relativo a execução da ordem, imputando toda a eventual responsabilidade criminal para a entidade emissora da ordem. Isto é, esta doutrina via o subordinado como um mero instrumento nas mãos do superior e esta defesa funcionava quando invocada pelo subordinado. Como também já dissemos, o Estatuto do Tribunal de Nuremberga consagrou a doutrina da responsabilidade absoluta, através da qual os factos praticados em cumprimentos de ordens superiores nunca são defensáveis pela invocação da defesa em cumprimento de ordens superiores, podendo, no entanto, ser vista como uma causa de atenuação da pena. O Tribunal Austro-Húngaro em 1915 foi o primeiro a consagrar a teoria da doutrina da responsabilidade limitada, mais tarde seguida, como já vimos, pelo Tribunal de Leipzig e pelos manuais americanos de 1956. Em 1977, o projecto do artigo 77º do Protocolo Adicional I, que não chegou a ser aprovado, contemplava também uma solução próxima da tese da responsabilidade limitada. Na versão do projecto de Código de Direito Internacional Penal (ILC Draft Code) de 1954 abria-se a possibilidade de defesa em certas circunstâncias, mas a versão seguinte de 1991 voltou a consagrar a tese da

²⁶⁴ Yoram Dinstein - *The defence of obedience to superior orders in international law*, p. 252.

responsabilidade absoluta, solução que também veio a ser implementada pelos Tribunais *ad hoc*.

Conscientes que este Capítulo não se destina a esgotar a questão da defesa baseada na execução de uma ordem superior, pensamos que o estado actual da problemática que nos permite compreender as soluções adoptadas pelo artigo 33º do Estatuto de Roma, tem por referência os seguintes aspectos, numa dualidade entre as teses da responsabilidade condicionada e da responsabilidade absoluta: a existência de um dever geral de obediência ao superior hierárquico; a existência de responsabilidade individual por execução de ordens legais (excepto se o agente não sabia da ilegalidade da ordem ou não tinha a obrigação de saber); a questão da ilegalidade da ordem, em particular do seu conteúdo manifestamente ilegal (uma vez que este a existir não afasta a responsabilidade do agente); a problemática da «ignorantia juris non excusat»; a problemática da obediência a ordens superiores em caso de necessidade (dureza ou compulsão) e a problemática da obediência em erro.

Procuraremos responder a todos estes pontos, tendo por referência a jurisprudência dos seguintes casos: *Leipzig* (1921), *Kafr Kassen* (1956), *Eichmann* (1962), *William Calley* (1973) e *Lynndie England* (2005) e as soluções do artigo 33º. A figura seguinte²⁶⁵ procura resumir os aspectos principais, apontando os



²⁶⁵ Foi preparada com base em num trabalho publicado no sítio [Em Linha] [Acesso em 12 de Setembro de 2008]. <http://lsr.nellco.org/cornell/lps/papers/18> de Natalia M. Restivo *Defense of Superior orders in International Criminal Law as Portrayed in three Trails: Eichmann, Calley and England* (2006 paper 18) Cornell Law School e um artigo de Paolo Gaeta – *The Defense to Superior orders: the Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law* publicado no *European Journal Of International Law* em 1999 (Vol 10), p. 172; Elís van Sliedregt – *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law, Chapter 7* e ainda Paolo Gaeta – *The Defense of Superior Orders: The Statute of the International Crime Court versus Customary International Law*, *European Journal of International Law*, Vol 10, 1999, p. 173 a 191.



casos citados e estabelecendo uma tendência geral, quer em termos da jurisprudência nacional, quer considerando a jurisprudência internacional. Parece pois cada vez ganhar mais consistência a tese da responsabilidade condicionada, isto é, para que possa haver exclusão da responsabilidade do subordinado em execução de uma ordem ilegal emanada pelo seu superior hierárquico, devem estar verificados certos requisitos. De entre esses requisitos devemos salientar o facto não se tratar de uma ordem manifestamente ilegal, cujo critério de determinação auxiliar estabelecido por Yoram Dinstein²⁶⁶, parece gozar de boa aceitação internacional. Do mesmo modo, o carácter não manifestamente ilegal de uma ordem obedecida deve afastar a responsabilidade do subordinado que a executou.²⁶⁷ Neste último contexto, há crimes cujo exercício da profissão militar, em especial aqueles militares sobre quem impende um especial dever de saber da sua profissão, aos quais não aproveitará o carácter ilegal da ordem cumprida.²⁶⁸

Não pode sustentar-se com validade jurídica que o comportamento do subalterno que execute uma ordem recebida seja um comportamento do qual não derive nenhuma responsabilidade, pois apenas o superior que deu a ordem será responsável. É, isso sim, sustentável que o superior hierárquico é sempre pessoalmente responsável e, por vezes, também o subalterno que cumpriu a ordem ilícita. Pode acontecer que o subordinado veja afastada a sua responsabilidade através de uma causa que exclua a sua culpabilidade, como é o caso do erro. Assim, a questão da obediência ao superior tem o seu enfoque na figura do erro e nas causas de exclusão da culpa. Por outro lado, verificamos que também que o Estatuto de Roma adiciona mais um critério de ilegalidade manifesta, ao exarar que os crimes de genocídio e os crimes contra a humanidade apresentam sempre um carácter de manifesta ilegalidade. O

²⁶⁶ The 'Defence of Obedience to Superior Orders' in *International Law*, citado por Natalia M Restivo em *Defense of Superior orders in International Criminal Law as Portrayed in three Trails: Eichmann, Calley and England* (2006) p. 4: esclarece que a avaliação da ilegalidade da ordem deve ser feita com base na inteligência de um homem razoável.

²⁶⁷ Duas ideias devem ser assinaladas a propósito do artigo 33º. Se por um lado consagra a tese da responsabilidade limitada ao admitir a defesa em cumprimento de ordens superiores em certos casos, por outro, a teoria da responsabilidade absoluta surge no seu n.º 2 para certo tipo de crimes.

²⁶⁸ A um subalterno saído de uma academia militar será difícil afastar a sua responsabilidade do cumprimento de uma ordem ilegal, mesmo que esta não seja manifestamente ilegal, pois tem o dever de conhecer a sua profissão inclusivamente das suas particularidades, afastando o caso de noções técnicas para profissionais do direito. Ao contrário, um simples praça do quadro não permanente, será mais fácil aduzir tal defesa.



quadro seguinte evidencia uma tendência para uma convergência entre as soluções nacionais e as regras preconizadas pelo legislador internacional, convergência essa centrada em torno do Estatuto de Roma.

Para além desta observação, importa notar que até 1945, do ponto de vista internacional, o subordinado foi olhado como um mero instrumento do seu superior hierárquico, razão pela qual as responsabilidades criminais eram exclusivamente atribuídas ao titular do poder hierárquico. Ou seja, o sistema internacional aceitava proteger as vítimas dos crimes mais hediondos, mas os seus executores materiais estavam isentos de responsabilidades.

Neste mesmo período merece particular destaque o artigo 158º do Código de Justiça Militar Austro-Húngaro que, pela primeira vez, preconizou uma outra solução, no sentido de que, ao introduzir o conceito de manifesta ilegalidade, responsabilizou também o executante das ordens ilegítimas. Entre 1945 até 1998, o sistema internacional passou a considerar o subordinado como um ser dotado de razão e capacidade para se auto determinar e, em consequência, capaz de apreciar todas as ordens que recebe, sendo a sua decisão de obedecer encarada como uma aceitação do risco de ser também ele responsabilizável. Todavia, durante este mesmo período, os Estados nacionais continuaram a aperfeiçoar a teoria nascida no artigo 158º do Código de Justiça Militar Austro-Húngaro. Finalmente, em 1998, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, no dizer de muitos, veio consagrar as teses nacionais, de uma responsabilidade limitada, no sentido em que olha para o subordinado como um ser dotado de razão e capacidade para se autodeterminar e, em consequência, capaz de apreciar as ordens que recebe, sendo a decisão de obedecer encarada como uma aceitação do risco de ser também co-responsável, mas que, em determinadas circunstâncias, a sua atitude criminal pode ser desculpável. Isto é, defende-se que o regime do artigo 33º do Estatuto consagra a tese da responsabilidade condicionada²⁶⁹ (conditional liability), porquanto permite afastar a responsabilidade do agente subordinado em certos casos. Quanto a nós, e não apenas por uma questão de perspectiva, o regime do artigo 33º consagra um regime especial de

²⁶⁹ Por exemplo, em Paola Gaeta, *The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law*, p. 175.

responsabilidade, uma vez que é esta a regra geral, designadamente para certo tipo de crimes, admitindo excepções perante certas condições específicas. Este regime especial de responsabilidade goza, a partir do Estatuto de Roma, da possibilidade de afastar a responsabilidade do agente agindo em cumprimento de ordens superiores, em certos casos excepcionais, previstos nesse mesmo Estatuto. No nosso ponto de vista não há um regime condicionado de atribuição de responsabilidade aos agentes de crimes em cumprimento de ordens superiores, mas essa responsabilidade é a regra geral (isto é, a defesa em cumprimento de ordens superiores não é aceite), excepto numa minoria de casos previstos na lei, em que se aceita a defesa em cumprimento de ordens e, por isso mesmo, temos agora um regime especial de responsabilidade do subordinado. É a própria letra do artigo 33º que afirma “não será isento de responsabilidade, a menos que (...)”.

4.8.1.2. A defesa em cumprimento de ordens superiores exclui a ilicitude ou a culpa?

“Obediência a ordens superiores como uma defesa no caso de crimes de guerra tem centenas de anos. Mas muito poucas vezes foi usada com sucesso (tradução do autor)”.

Gary D. Solis²⁷⁰

Ao longo desta nossa referência relativa à defesa em cumprimento de ordens superiores, fizemos e ainda faremos diversas alusões, quer às normas internacionais, quer ainda a regras nacionais relacionadas com esta matéria. Procurámos sempre evitar uma referência directa no sentido de enquadrar este modo de exclusão da responsabilidade criminal, quer nas causas de justificação da ilicitude, quer nas causas de exclusão da culpa, uma vez que não há em direito internacional uma doutrina consolidada sobre o assunto. Todavia, pensamos ser necessária uma referência geral a esta questão, até para que não se pense que se trata de um assunto menor, sobretudo nos sistemas da civil law, como é o nosso.

²⁷⁰ Obedience to Orders: History and Abuses at Abu Ghraib Prison, p. 998.

Como explica cuidadosamente *Elis van Sliedregt*,²⁷¹ do ponto de vista internacional, quando alguém comete um crime em obediência a uma ordem superior ilegal, e esse acto é justificável nos limites da mesma lei que o qualificou como ilegal, existe uma inconsistência, uma vez que um acto não pode ser ilegal no momento em que é ordenado e legal no momento em que é executado. Todavia, a tendência em termos internacionais é considerar esta defesa como uma causa de exclusão da culpa. Apesar disso, muitos sistemas legais consagram ambos os casos, no sentido em que quando a ordem de execução é legal exclui a ilicitude, quando a ordem é ilegal exclui a culpa. É caso do sistema holandês (artigo 43º do Código Penal Holandês) e o caso da secção 3.03 do Model Penal Code (USA).

O que nos interessa, em boa verdade, é compreender as soluções do legislador internacional relativamente ao artigo 33º do Estatuto de Roma. Para isso, recorremos a *Otto Triffterer* que sustenta que o artigo 33º só pode representar uma defesa ao abrigo das causas de exclusão da culpa, uma vez que “uma vez que as ordens para cometer um crime nos termos da jurisdição do Tribunal (ou do Estatuto) não estão justificadas enquanto tal, nem podem justificar tal acto, o crime cometido não pode, ele próprio também, ser justificado. No caso da excepção reconhecida pelo n.º 1 do artigo 33º, o subordinado apenas pode ser desculpado. O subordinado agente do crime ficará livre de responsabilidade, devido aos elementos especificados nas alíneas a) a c), facto que configura uma situação próxima de defesas tais como dureza, compulsão ou erro, que também excluem a responsabilidade criminal do agente (tradução do autor).”²⁷² *Elis van Sliedregt* conclui que a defesa em cumprimento de ordens superiores em direito internacional nunca justifica a prática de um crime, mas pode, em determinadas circunstâncias, afastar a culpa do subordinado que praticou o crime em cumprimento de ordens superiores. *Antonio Cassese*²⁷³ organiza, como já referimos anteriormente, as causas de exclusão da culpa em duas categorias: nas primeiras, inclui os actos praticados por um agente que não pode dispor da sua capacidade de se auto determinar perante o facto e de agir de acordo com a sua vontade livremente formada como, por exemplo,

²⁷¹ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, p. 335.

²⁷² *Elis van Sliedregt – The criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, p. 336.

²⁷³ *International Criminal Law*, 2nd Ed, p. 262 e 268.

é o caso dos inimputáveis, dos doentes mentais e dos intoxicados (intoxicação física em resultado da ingestão de álcool e substâncias psicotrópicas); nas segundas, inclui os actos praticados por um agente que, embora possa dispor livremente da sua autonomia e capacidade para se determinar perante o acto, não dispõe de um elemento subjectivo criminoso, devido a circunstâncias externas à sua pessoa. Neste segundo grupo inclui o erro, a compulsão, a coacção (duress) e ordens superiores.

Estas conclusões de Otto Triffterer, Elis van Sliedregt e Antonio Cassese vão no sentido de que estas perplexidades relativamente à qualificação do tipo de exclusão da responsabilidade criminal, não ajudam à passagem de um sistema de responsabilidade absoluta a um outro baseado na responsabilidade condicional. Para além deste facto, como aliás explica Eser²⁷⁴, certos autores temem que, no reconhecimento desta figura como uma defesa, esteja implícita a ideia de uma certa aprovação ou aceitação de uma ordem ilegal, mesmo quando o agente subordinado está de boa fé. É por este facto que se verifica esta tendência para considerar esta defesa como uma causa de exclusão da culpa e não como uma causa de justificação, uma vez que, assim, a censura à ordem ilegal mantém-se.

Finalmente, parece poder concluir-se que a maioria dos sistemas nacionais e também o Estatuto de Roma aceita a defesa “em cumprimento de ordens superiores” desde que verificados certos requisitos, e apenas uma minoria de Estados preconizam a tese da responsabilidade absoluta nascida em Nuremberga. Isto quer dizer que um agente de um crime, actuado em cumprimento de uma ordem superior ilegal, pode defender-se com a sua boa-fé concretizada na falta do elemento subjectivo (*mens rea*) e ainda no erro (no caso de julgar tratar-se de uma ordem legal – excepto para os casos de manifesta ilegalidade)²⁷⁵. Para além deste facto, podemos concluir que esta doutrina vem afastar a célebre teoria da “*respondeat*

²⁷⁴ Defences in war crimes trials, 1994, p. 209-210.

²⁷⁵ Natalia M. Restivo, *Defense of Superior Orders in International Criminal Law as Portrayed in Three Trials: Eichmann, Calley and England*, p. 5 - Kafr Kassem, *Judgments of the District Court of Israel*, vol.44, at p.362 cited by *International Criminal Law: Cases and Materials*, Jordan Paust and Others, p. 120. “Judge Halevy in the decision for the Kafr Kassem case (Appeal, 279-283-58 Psakim, *Judgments of the District Court of Israel*, vol.44, at p.362) compares manifest unlawfulness of the order with the black flag which waves over the illegal order saying it is forbidden. He further talks about “certain and obvious unlawfulness that stems from the order itself, the criminal character, ... unlawfulness that pierces and agitates the heart, if the eye is not blind nor the heart closed or corrupt.” (Id, p. 362). This statement clearly indicates that subordinates are provided with a rather simple choice to make regarding the lawfulness of the order”.

superior” onde o superior assumia sempre toda a responsabilidade, facto que ao ser reconhecido internacionalmente, inclui, na noção de subordinado, um agente responsável, no seu uso da razão, com iniciativa e não um mero agente não dotado de autonomia, quase um mero instrumento que está sujeito a uma obediência ilimitada. Acreditamos ser esta a conclusão mais importante a retirar desta questão.

4.8.1.3. Coacção e obediência a ordens superiores

*“Se tu não fizeres o que eu digo,
nunca mais verás a tua família!”*

Stephen C. Newman²⁷⁶

*“In my opinion, it is crucial that each soldier, especially
those involved in the armed conflict, be properly
explained and repeatedly instructed that if they receive
an order which is clearly illegal, they are not only
allowed, but in fact are required to disobey such order.”*

Natalia M. Restivo²⁷⁷

Stephen C. Newman descreve a seguinte cena imaginária num brilhante texto sobre o caso Erdemović, no sentido de levantar outro tipo de problemas: “Coloca-te nas mãos uma faca e diz-te para matares a mulher que está atada ao poste. Se tu recusas, ele ameaça-te que usará a faca para te tirar os olhos”. - “Se tu não fizeres o que eu digo, nunca mais verás a tua família”, repreende-me acrescentando - “mas não te preocupes, eu irei visitá-los por ti quando esta guerra acabar”. “Além do mais, se não matares a rapariga, eu certamente que o farei”²⁷⁸. Isto é, a problemática da obediência a ordens superiores deve também ser estudada tendo em consideração outras defesas como a coacção (duress) e a problemática do erro. Tendo já estudado estas duas figuras anteriormente e, considerando a posição de Robert Cryer²⁷⁹,

²⁷⁶ *Military Review*, Vol. 166, p. 159- Heinonline-166 Mil. L. Rev. 158, 2000.

²⁷⁷ *Defense of Superior Orders in International Criminal Law as Portrayed in Three Trials: Eichmann, Calley and England*, 2006, p. 26.

²⁷⁸ *Military Review*, Vol. 166, p. 159- Heinonline-166 Mil. L. Rev. 158, 2000.

²⁷⁹ *Superior Orders and the ICC*, p. 55.



veremos a questão da obediência, também no confronto com as figuras da coação (*duress*) (neste ponto) e do erro (nos pontos seguintes).

Muitos autores,²⁸⁰ Lauterpacht inicialmente incluído,²⁸¹ vêm considerando que, em tempo de conflitos armados, o Direito Internacional garante a libertação da responsabilidade do subalterno que obedeça a ordens ilegais sob necessidade²⁸² ou coação (*duress*).²⁸³ A ideia por detrás deste facto é a relevância do instinto de auto-preservação e o reconhecimento da fragilidade humana, uma vez que a condição de soldado não elimina automaticamente esse instinto e essa condição. Todavia, após a II Guerra Mundial, a justificação de que nenhuma norma de direito pode permitir a um indivíduo evitar o seu sofrimento, ou mesmo salvar a sua vida, à custa do sofrimento de outro ou mesmo de uma outra vida, ganhou terreno. A este propósito, Yoram Dinstein afirma o seguinte: "... se a defesa da obediência sob coação (*duress*) não for reconhecida pelo direito internacional, o agente que obedeça a uma ordem superior ilegal sob coação (*duress*), é responsável pelo seu acto. Por outro lado, se esta defesa for aplicável pelo direito internacional, será apenas uma possibilidade a considerar, no leque de todos os outros factos relevantes, designadamente a obediência a ordens superiores (tradução do autor)".²⁸⁴ Yoram Dinstein faz ainda duas considerações extremamente importantes para a nossa investigação: admitindo que a coação é um elemento presente na realidade dos factos, lembra que há obediência sem coação e coação sem obediência e que os subordinados não são simples robots, mas almas sensíveis, conscienciosas e movidos pela vontade.

²⁸⁰ Sheldon Glueck (1943) e Nathan April (1946).

²⁸¹ Lauterpacht, *War crimes*, p. 73 (ed by Feinberg, 1961): "Such degree of compulsion as must be deemed to exist in the case of a soldier or officer exposing himself to immediate danger of death as the result of a refusal to obey an order excludes the accountability of the accused".

²⁸² Era o caso da Secção 18 do Código Penal Israelita de 1936: "Necessity – An act or omission which would otherwise be an offence may be excused if the person accused can show that it was done or omitted to be done only in order to avoid consequences which would not otherwise be avoided, and which if they had followed would have inflicted grievous harm or injury to his person or to his honour or his property or to the person or honour of others whom he was bound to protect or to property placed in his charge; Provided that in so acting he did not more than was reasonably necessary for that purpose, and that the harm inflicted by the act or omission was not disproportionate to the harm avoided."

²⁸³ Era o caso da Secção 17 do Código Penal Israelita de 1936: "Constraint – Except murder and offences against the state punishable with death, no act is an offence which is done by a person who is compelled to do it by threats which at the time of doing it reasonably cause the apprehension that instant death or grievous harm to that person will otherwise be consequent; Provided that person doing the act did not, of his own accord, place himself in the situation by which he became subject to such constraint".

²⁸⁴ Yoram Dinstein, *The 'defence of obedience to superior orders' in International Law*, p. 81.

António Cassese explica que muitas vezes a defesa por coacção (*duress*) é invocada conjuntamente com a defesa “em cumprimento de ordens superiores”. Como já dissemos anteriormente, a este propósito, o mesmo autor chama atenção para a relação entre a defesa coacção no sentido de estado de necessidade desculpante e a defesa “em cumprimento de ordens superiores”. Em termos de prática dos Tribunais internacionais, muitas vezes estas duas defesas são conjugadas, reconhecendo, todavia, como refere David Turns²⁸⁵, que os juízes do caso *Erdemović* consideram “defesa em cumprimento de ordens superiores” e “defesa com base na coacção” conceitos distintos. Contudo, isso não tem que ser necessariamente deste modo, uma vez que não há uma conexão necessária entre as duas figuras. Uma ordem superior pode ser dada sem se fazer acompanhar por uma ameaça à vida ou à integridade física. Todavia, se uma ordem manifestamente ilegal for dada, no sentido de envolver a prática de um crime de natureza internacional, e se o subordinado se recusar a cumprir essa mesma ordem com base na sua ilegalidade, e se nesse momento a ordem se fizer acompanhar por ameaças à vida ou integridade física do subordinado, então a defesa com base em “cumprimento de ordens superiores” deixa de ter relevância, passando a defesa baseada na necessidade desculpante coacção a valer, aplicando-se os critérios também já anteriormente enumerados. Outra tese, talvez menos consistente, é a de que a defesa com base na coacção só vale acompanhada da defesa “em defesa de ordens superiores”.²⁸⁶

Um dos casos mais importantes sobre a questão da defesa em cumprimento de ordens superiores que relaciona a obediência e a coacção no contexto de ordens manifestamente ilegais, foi o caso *Imre Finta*, julgado por Court of Appeal of Ontario (Canadá) em 1994, sobre factos que tiveram lugar em 1944. Em primeiro lugar deve considerar-se que não há uma escolha livre, sempre que o arguido tenha agido em cumprimento de ordens superiores, sob coacção e sem verdadeiramente ter uma alternativa.²⁸⁷ Em segundo lugar, o arguido que cumpra ordens

²⁸⁵ David Turns, Vol 47, parte 2, do *International and Comparative Law Quarterly*, Abril de 1998, p. 467, nota 38.

²⁸⁶ David Turns, Vol 47, parte 2, do *International and Comparative Law Quarterly*, Abril de 1998, p. 467, nota 36.

²⁸⁷ Ver p. 9 “The defence of obedience to superior orders and the peace officer defence are available to members of the military or police forces in prosecutions for war crimes and crimes against humanity. Those defences are subject to the manifest illegality test: the defences are not available where the orders in question were manifestly unlawful. Even where the orders were manifestly unlawful, the defence of obedience to superior orders and the peace officer defence will be available in those circumstances where the accused had no moral choice as to whether to follow the orders. There can be no moral choice where there was such an air of

superiores, não deverá ser criminalmente responsabilizado, sempre que não tenha podido efectuar uma escolha verdadeiramente livre, tendo actuado sob coacção²⁸⁸. Finalmente, a defesa em cumprimento de ordens superiores deve ser aceite, excepto se a ordem é de tal maneira manifestamente ilegal, mas o arguido nunca poderá ser responsabilizado por um acto que não resultou de uma escolha livre.²⁸⁹ Curiosamente, pensamos que este regime se aproxima muito das soluções do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, designadamente no que respeita aos artigos 31º, alínea d) e 33º.

compulsion and threat to the accused that he or she had no alternative but to obey the orders (sublinhados do autor)". [Em linha] [Acesso em 12 de Dezembro de 2009]. <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1994/1994scr1-701/1994scr1-701.html>.

²⁸⁸ Ver p. 21 "Essentially obedience to a superior order provides a valid defence unless the act is so outrageous as to be manifestly unlawful. Further, an accused will not be convicted of an act committed pursuant to an order wherein he or she had no moral choice but to obey (sublinhados do autor)". [Em linha] [Acesso em 12 de Dezembro de 2009]. <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1994/1994scr1-701/1994scr1-701.html>.

²⁸⁹ Ver p. 90 "At the same time, it is generally recognized that totally unthinking loyalty cannot be a shield for any human being, even a soldier. The Canadian domestic provisions are probably more generous than required under international law. For example, a number of international lawyers have observed that the superior orders defence lacks official recognition under international law; see for example, Yoram Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (1965). The Charter of the International Military Tribunal and the trials pursued under it did not accept such a defence, except in mitigation of punishment. The defence, however, is part of the military law of many nations... The defence is not simply based on the idea of obedience or authority of de facto national law, but rather on a consideration of the individual's responsibilities as part of a military or peace officer unit. For these reasons, such a defence can be considered by the jury..."; p. 91 "Essentially obedience to a superior order would appear to provide a valid defence unless the act is so outrageous as to be manifestly unlawful. Further, in any case, an accused will not be convicted of an act committed pursuant to an order wherein he or she had no moral choice but to obey."; p. 92 "That there is nothing unfair in not permitting superior orders as a defence where the act is 'manifestly unlawful' is evident when one considers the nature of a manifestly unlawful order as it appears in *Ofer v. Chief Military Prosecutor (the Kafr Qassem case)* [Appeal 279-283/58, *Psakim* (Judgments of the District Courts of Israel), vol. 44, at p. 362], cited in appeal before the Military Court of Appeal, Pal. Y.B. Int'l L. (1985), vol. 2, p. 69, at p. 108, where the Military Court of Appeal of Israel approved the following judgment: The identifying mark of a 'manifestly unlawful' order must wave like a black flag above the order given, as a warning saying: 'forbidden'. It is not formal unlawfulness, hidden or half-hidden, not unlawfulness that is detectable only by legal experts, that is the important issue here, but an overt and salient violation of the law, a certain and obvious unlawfulness that stems from the order itself, the criminal character of the order itself or of the acts it demands to be committed, an unlawfulness that pierces the eye and agitates the heart, if the eye be not blind nor the heart closed or corrupt. That is the degree of 'manifest' illegality required in order to annul the soldier's duty to obey and render him criminally responsible for his actions (sublinhados do autor)". [Em linha] [Acesso em 12 de Dezembro de 2009]. <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1994/1994scr1-701/1994scr1-701.html>.

4.8.1.4. O erro de facto e a obediência a ordens superiores

*“Os erros relativos aos elementos descritivos
são sempre erros de facto”.*

Elis van Sliedregt²⁹⁰

Yoram Dinstein²⁹¹ explora o problema do erro de facto, sob a perspectiva geralmente aceite em Direito Internacional de que ignorantia facti excusat. O mesmo autor explica o sentido da sua afirmação afirmando tratar-se de um acto que seria um crime de guerra, mas que pode ser desculpado, se o agente o cometeu por erro honestamente convencido da existência de factos, que, a serem verdade, fariam desse mesmo acto uma prática legal, assumindo que não se tratou de um acto negligente.

Relembramos a explicação dada anteriormente sobre a problemática geral do erro, no sentido em que “erro de direito poderá ser considerado fundamento de exclusão da responsabilidade criminal, se eliminar o dolo requerido pelo crime” (entendendo dolo no sentido alargado, isto é, o dolo da factualidade típica ou o dolo da culpa). Assim, a problemática do erro em cumprimento de ordens superiores coloca-se quando tem lugar o cumprimento de uma ordem ilegal, estando o agente convencido de que a ordem era legítima. Vejamos um exemplo citado por António Cassese²⁹² do Manual Militar Britânico (2004): “Se um comandante de uma unidade de artilharia receber uma ordem de executar tiro sobre um posto de comando inimigo instalado num determinado edifício, este executa a ordem convencido que de um posto de comando se trata. Todavia, mais tarde, vem a descobrir que se tratava de um edifício escolar. Este comandante não será criminalmente responsabilizado, uma vez que na sua actuação não há qualquer elemento subjectivo que demonstre a intenção de atacar uma escola”.

²⁹⁰ *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, p. 303.

²⁹¹ *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, p. 244.

²⁹² *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 291.

4.8.1.5. O erro de direito e a obediência a ordens superiores

“Ao subordinado não é exigível que tome posição sobre questões jurídicas controversas, no momento em que decide executar ou não uma ordem”.

*Antonio Cassese*²⁹³

*Dissemos a propósito do erro de direito que a regra da irrelevância do erro sobre a ilicitude, no sentido de não excluir a responsabilidade penal, não tem exceções, quando estiverem em causa os crimes de genocídio e contra a humanidade. Dissemos também que a regra da irrelevância do erro sobre a ilicitude, no sentido de não excluir a responsabilidade penal, pode ter eventuais exceções, quando estiverem em causa os crimes de guerra e deixamos ainda claro que, a avaliação da eventual não censurabilidade da falta de consciência da ilicitude, dependerá do estatuto e das funções subordinadas que o respectivo infractor tenha e desempenhe, salientando a importância da sua educação, formação militar e do desempenho das funções de comando.*²⁹⁴

Assim, a defesa baseada no erro de direito na perspectiva de um acto criminoso em cumprimento de ordens superiores, segue o mesmo regime já apresentado, relevando relativamente ao conhecimento sobre a ilegalidade da ordem executada e desde que o erro de direito seja relevante para afastar o elemento subjectivo do autor do acto. Antonio Cassese clarifica o problema ilustrando-o com uma referência ao caso Thomas L. Kinder (US Court Martial, 1954) no seguintes termos: “ficou claro deste caso que os tribunais apenas admitem o erro de direito como defesa na execução de uma ordem ilegal emitida por um superior, quando ficar provado que o subordinado actuou sob uma honesta e razoável convicção de que o direito permitia a execução de tal ordem. Esta defesa não é admissível sempre que o direito que regula a matéria não esteja sujeito a diferentes interpretações, ou sempre que seja exigível o seu

²⁹³ *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 300.

²⁹⁴ *Antonio Cassese, International Criminal Law*, 2nd ed, p. 298.



conhecimento pelo autor do crime, avaliando-se essa exigibilidade, designadamente tendo em conta a educação e a inteligência de uma pessoa (tradução do autor)”²⁹⁵.

4.8.1.6. As soluções na legislação portuguesa

“A chave do problema parece residir no artigo 9º do CJM”.

O nosso ordenamento j Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional urídico refere a questão da insubordinação militar por desobediência no artigo 87º da Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro, que aprovou o novo Código de Justiça Militar e que revogou a legislação existente sobre a matéria.²⁹⁶ Admite esta norma no n.º 1 do artigo 87º (dever de obediência) o seguinte: “O militar que, sem motivo justificado, recusar ou deixar de cumprir qualquer ordem que, no uso de atribuições legítimas, lhe tenha sido dada por algum superior, é punido...” O artigo 17º do EMFAR²⁹⁷ dispõe que a violação dos deveres enunciados nos artigos anteriores (que inclui o dever de obediência) é, consoante os casos, punível nos termos previstos no Regulamento de Disciplina Militar (RDM) ou no Código de Justiça Militar (CJM). A questão é, pois, determinar o entendimento da expressão “sem motivo justificativo” ou a contrario saber quais os motivos justificativos da desobediência a uma ordem, já que, estranhamente, o Código de Justiça Militar não dispõe sobre esta matéria.

Assim, o artigo 2º do CJM remete para a aplicação da lei penal comum, cujo limite é obviamente o n.º 3 do artigo 271º da CRP: “Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime”. Esta disposição encontra-se vertida integralmente no artigo 12º do EMFAR (dever de obediência): “O dever de obediência decorre do disposto nas leis e regulamentos militares e traduz-se no integral e pronto cumprimento das suas normas, bem como das determinações, ordens e instruções

²⁹⁵ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed, p. 301.

²⁹⁶ Publicada no Diário da República, I Série-A, n.º 265, de 15 de Novembro de 2003.

²⁹⁷ Estatuto dos Militares das Forças Armadas (EMFAR), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 236/99, de 25 de Junho, com as alterações e rectificações introduzidas pela Declaração de Rectificação n.º 10-BI/99, de 31 de Julho, pela Lei n.º 25/2000, de 23 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 232/2001, de 25 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 197-A/2003, de 30 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 70/2005, de 17 de Março, pelo Decreto-Lei n.º 166/2005, de 23 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 310/2007, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 330/2007, de 9 de Outubro, pela Lei n.º 34/2008, de 23 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 59/2009, de 4 de Março.

dimanadas de superior hierárquico proferidas em matéria de serviço desde que o respectivo cumprimento não implique a prática de crime”.

O regime do Código Penal Português sobre esta matéria é bem conhecido, podendo ser resumido pela tabela da figura seguinte. Este conjunto de soluções do legislador nacional tem por objectivo, como aliás explica Otto Triffterer²⁹⁸ outros crimes que não os mais sérios crimes objecto de regulação pelo Estatuto de Roma.²⁹⁹ Este regime dos crimes sérios ou muito sérios centra-se em torno do artigo 348º do Código Penal, e demais legislação, como é, por exemplo, o caso da Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, que aprovou o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas,³⁰⁰ bem como da problemática geral do erro, como causa de exclusão da responsabilidade criminal.

Critérios de determinação da obrigação devida de obediência hierárquica na ordem jurídica portuguesa em tempo de paz, aplicáveis subsidiariamente por força do artigo 8º do Código Penal e do artigo 2º do Código de Justiça Militar (crimes de natureza estritamente militar), a este último (Taipa de Carvalho, p. 265ss).			
	Legitimidade Formal	Legitimidade Material	Subordinado
1	Sim	Sim	É devida obediência nos termos do artigo 8º, nºs 2, alínea f) e 8 do Anexo à Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, bem como artigo 348º do Código Penal. Não há, em princípio responsabilidade criminal.
2	Não	Sim	Não é devida obediência. Se o fizer, incorre em responsabilidade criminal (para além do superior).
3	Sim	Não (não sofre de ilegalidade manifesta e não se traduz na execução de um crime)	É devida obediência. Situação de conflito entre obedecer ao superior, obediência essa imposta pela ordem jurídica e não obedecer porque a mesma ordem jurídica considera a ordem ilícita. O critério mais seguro é o do superior hierárquico, com base no princípio da presunção da conformidade do acto ou da legalidade material da ordem.
4	Sim	Não (a sua execução não conduz à prática de um crime, mas é manifesta a sua ilegitimidade)	É devida obediência, se exercido o ónus da respeitosa representação, nos termos do n.º 2 do artigo 271º da CRP e do n.º 2 do artigo 5º do Anexo à Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro.
5	Sim	Não: A execução conduz à prática de um crime, mas a ilicitude é sindicável pelo subordinado	Não é devida obediência, nos termos do n.º 3 do artigo 271º da CRP.
		Não: A execução conduz à prática de um crime, mas a ilicitude não é sindicável pelo subordinado	É devida obediência, pois o subordinado é um mero instrumento. O superior é o único responsável, com base no facto do acto praticado não ser ilícito, pois está justificado, só havendo responsabilidade criminal do superior, que o utiliza como um mero instrumento.

²⁹⁸ Command Responsibility, p. 906.

²⁹⁹ Já nos referimos a esta diferença na Capítulo 3, na altura apelidando-os também de infracções graves (grave breaches).

³⁰⁰ Como, por exemplo, o artigo 3º, nºs 2, alínea f) e 8 do Anexo à Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro.

Acontece, porém, que desejamos estudar a obediência como defesa em cumprimento de ordens superiores, numa perspectiva de crimes de guerra, como os mais sérios e não numa perspectiva de outros crimes tutelados pela ordem jurídica nacional, através do Código Penal e de outra legislação penal. Aquilo que se deseja saber é, tão simplesmente, quais os critérios para determinar o entendimento da expressão “sem motivo justificativo” do artigo 87º do CJM, em situações de guerra³⁰¹, critérios esses que permitem justificar a desobediência a ordens superiores e assim, concluir que, fora dessas situações, é devida a obediência ao superior hierárquico. Tornando-se, em consequência, possível identificar a aceitabilidade da defesa em cumprimento de ordens superiores (numa situação de conflito armado), para a ordem jurídica portuguesa.

O artigo 213º da CRP prevê a constituição de tribunais militares para julgar crimes estritamente militares, praticados em tempo de guerra. Estes crimes estão previstos no CJM. Fora do tempo de guerra em território nacional, mas em situações de conflitos armados onde participem militares portugueses, para além do território nacional, é competente o Tribunal da Relação de Lisboa e as varas criminais da Comarca de Lisboa, nos termos do n.º 2 do artigo 110º do CJM, perguntando-se que direito substântivo aplicarão estes tribunais a tais casos de defesa “em cumprimento de ordens superiores”? Que soluções encontrarão para responder ao problema da obediência devida ao superior hierárquico, no caso de um conflito armado?

Deixando de lado as hipotéticas considerações de confronto e conexão de diversos ordenamentos, especialmente nos casos de operações multinacionais sob a égide de uma organização internacional, a resposta destes órgãos jurisdicionais, quanto a nós, não pode seguir as soluções de tempo de paz (porque de tempo de paz não se trata), mas deverá adoptar um regime subsidiário (direito especial), e por isso, a resposta só pode ser encontrada, tendo em consideração o artigo 9º do CJM (equiparação dos crimes cometidos em tempo de guerra), no Código Penal, na parte aplicável aos conflitos armados, isto é na Lei n.º 31/2004, de 22 de

³⁰¹ Utilizamos a expressão «guerra», uma vez que ainda é utilizada pela nossa constituição e pelo Código Penal Português, mas, na verdade, é uma expressão em desuso, tendo sido substituída na Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho, que adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário — 17ª Alteração ao Código Penal, pela expressão “conflitos armados”. Para além deste facto, os artigos 8º e 9º do CJM fornecem um critério de equiparação jurídica entre as expressões «guerra» e «conflito armado».

Julho. A chave do problema parece ser o artigo 9º do CJM, uma vez que tratamos, como já referimos, dos crimes mais sérios³⁰² criminalizados pelo Estatuto de Roma. Acontece, porém, que esta matéria em concreto, não foi adaptada à legislação nacional pelo legislador português, facto que faz aplicar, por via do n.º 2 do artigo 8º da CRP, as regras consagradas pelo artigo 33º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, às quais nos referiremos já de seguida.

4.8.1.7. As soluções do artigo 33º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

“By rejecting the absolute liability approach in article 33º, the ICC Statute can thus be regarded a definitive move away from Nuremberg legacy”.

*Elis van Sliedregt*³⁰³

O artigo 33º do Estatuto de Roma trata a questão da exclusão da responsabilidade criminal no cumprimento de ordens hierárquicas. Procuraremos, nesta perspectiva, identificar quais são os pressupostos de que depende a exclusão da responsabilidade criminal do inferior, quando as condutas criminosas por este praticadas o forem em cumprimento de uma ordem dada pelo seu superior hierárquico.

O n.º 1 do artigo 33º do Estatuto de Roma, que se refere às condutas descritas nos artigos 6º, 7º e 8º do mesmo Estatuto, condutas estas de uma grave censurabilidade como já vimos no caso dos crimes de guerra do artigo 8º, estabelece um princípio geral, através do qual a obediência hierárquica que conduz à prática de um dos crimes previstos no Estatuto, não exclui a responsabilidade criminal do agente subordinado.³⁰⁴ Esta interpretação, leva-nos a defender que a norma do artigo 33º não representa uma opção clara pela tese da

³⁰² E não de outros crimes sérios ou muito sérios que permanecem exclusivamente na esfera nacional.

³⁰³ *The criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, p. 341.

³⁰⁴ Artigo 33º (Decisão hierárquica e disposições legais) 1 — Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal (...).

responsabilidade condicional como muitos defendem (isto é, o subordinado só é responsável mediante certas condições) mas, isso sim, opta por um regime especial, cuja regra geral é a de que o subordinado é sempre criminalmente responsável. Isto é, o artigo 33º do Estatuto de Roma permite o afastamento da responsabilidade do subordinado em algumas circunstâncias e inviabiliza esse mesmo afastamento de responsabilidade noutras, como é o caso, desde logo, do seu n.º 2. Taipa de Carvalho afirma o seguinte: “Embora na generalidade dos casos a obediência hierárquica não seja causa de exclusão da responsabilidade criminal do inferior, já, no tocante à medida da pena, a ordem do superior e a respectiva relação de subordinação do que a executa deverão constituir uma circunstância atenuante da responsabilidade penal do inferior”³⁰⁵. De facto, a regra geral é a de que o subordinado é sempre criminalmente responsável³⁰⁶. Assim, vejamos, pois, em que condições (cumulativas)³⁰⁷ o Estatuto de Roma valida a defesa em cumprimento de ordens superiores, excluindo a responsabilidade criminal do inferior hierárquico:

1) O primeiro pressuposto é a existência de uma obrigação legal de obedecer a ordens, fundamentada numa relação de subordinação hierárquica, militar ou civil, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 33º. “A verificação deste pressuposto obriga a que se considerem as leis internas do respectivo Estado quanto às competências do superior e à amplitude do dever de obediência”³⁰⁸;

2) O segundo pressuposto consiste na necessidade de demonstrar que o subordinado não conhecia³⁰⁹ a ilegalidade ou ilicitude da ordem, os termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 33º. Tendo em consideração as ideias já exaradas sobre este assunto, resta saber qual o critério de ilegalidade a aplicar, tendo em consideração que no confronto entre a ordem interna e o direito internacional humanitário, pode haver dificuldades, designadamente na aplicação do artigo 8º

³⁰⁵ Taipa de Carvalho, *Direito e Justiça*, 2006, p. 158.

³⁰⁶ No mesmo sentido defende Kai Ambos, *Impunidad Y Derecho Penal*, p. 245 cuadro II.

³⁰⁷ Paola Gaeta, *The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law*, p. 173.

³⁰⁸ *Direito e Justiça*, 2006, p. 159.

³⁰⁹ Kai Ambos – *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, p. 249: “Una actuación en cumplimiento de una orden puede ser reprochable solo si el subordinado pudo reconocer la antijuricidad de la orden o – a pesar de su abierta antijuricidad – no la reconoció por grave imprudencia y, no obstante haber tenido la posibilidad de elegir, sin embargo la ha ejecutado”.

do Estatuto. Isto é, pode haver condutas censuráveis para o direito internacional que são permitidas no direito interno, muito em particular no caso de certos Estados de natureza totalitária. Taipa de Carvalho considera irrelevante que uma conduta tipificada como crime pelo direito internacional não o seja pelo direito interno, uma vez que o critério decisivo é o direito internacional humanitário.³¹⁰ Paola Gaeta, pelo contrário, considera que esse é um dos dilemas que apresenta aspectos mais dramáticos, uma vez que, se a desobediência se faz perante um acto legal em termos nacionais (embora não o seja internacionalmente) esse acto, por si só, constitui crime punível em alguns casos com a pena de morte;³¹¹

3) O terceiro, e último pressuposto, é o de que a ilegalidade ou ilicitude da ordem que conduziu à prática de um crime pelo subordinado não seja manifesta, isto é, saber o que é manifestamente ilegal para um oficial treinado por uma academia militar e para um soldado incorporado no serviço militar obrigatório e treinado durante 6 meses antes de ser enviado para uma zona de combate ou para uma missão de manutenção de paz. O n.º 2 do artigo 33º estabelece as circunstâncias (ordens) que nunca poderão (apesar da existência dos dois pressupostos anteriores – crimes contra a humanidade e o crime de genocídio) levar à exclusão da responsabilidade do subordinado e as ordens que poderão ou não afastar essa mesma responsabilidade criminal, isto é, apenas as ordens relativas a crimes de guerra. Paola Gaeta³¹² refere-se a esta impossibilidade de utilização desta defesa, como um dos méritos do artigo 33º, uma vez que afasta esta possibilidade, nos crimes mais odiosos que, geralmente, são perpetrados contra civis inocentes.

Relativamente aos crimes de guerra, o desconhecimento da ilegalidade da ordem do superior e, conseqüentemente, da ilicitude da conduta do subordinado, fundamente a exclusão da responsabilidade criminal deste, o que se compreende, designadamente nos casos em que se verifique a utilização do princípio da necessidade militar (por exemplo, artigo 8º, n.º 2, alínea

³¹⁰ Direito e Justiça, 2006, p. 159.

³¹¹ The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law, p. 173 – ... “This dilemma takes on even more dramatic tones in the situations where the order requires the performance of an action that is not branded as criminal by national law, but which constitutes a war crime under international law. In this scenario, the soldier who refuses to obey an order which is legal from the standpoint of national law may well find himself before a firing squad after being court martialed by his own state”.

³¹² Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law, p. 191.

b) (xiii) do Estatuto de Roma) onde a decisão cabe exclusivamente ao superior e o subordinado não tem condições de avaliar do ponto de vista jurídico.

A obediência hierárquica no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional será causa de exclusão da responsabilidade criminal do subordinado sempre que este desconheça a ilegalidade da ordem (de modo não censurável), desde que essa mesma ordem não seja manifestamente ilícita. Tal significa que o verdadeiro fundamento da exclusão da responsabilidade é a não censurabilidade da falta de consciência da ilicitude do subordinado relativamente à conduta por este praticada em cumprimento da ordem superior e, da qual, resultou um crime.

5. A responsabilidade de comando e dos outros superiores hierárquicos

“War criminals have been prosecuted at least since the time of the ancient Greeks, and probably well before that”.
William A. Schabas¹

“The criminal responsibility of commanders for war crimes committed by their subordinates... is a long-standing rule of customary international law... also apply to crimes committed in non-international armed conflicts...”
Jean-Marie Henckjaers²
Louise Doswald-Beck

*Do*uas notas prévias devem ser aduzidas antes de se iniciar a discussão desta temática, para que seja possível materializar a complexidade e o género de dificuldades que se colocam a esta análise. A primeira dá conta do artigo 28º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, como a norma mais discutida, disputada e estudada de todo o Estatuto de Roma, essencialmente, segundo o nosso ponto de vista, pelas seguintes razões:

- a) Todos os crimes previstos pela jurisdição do Estatuto tendem a ser cometidos com o apoio de superiores, ou pelo menos com o seu silêncio ou tolerância;*
- b) Esta norma dirige-se à problemática da estrutura e das limitações da responsabilidade criminal, envolvendo mais do que um agente e, por vezes, agentes em posições de grande destaque político;*
- c) O artigo 28º é relativo à responsabilidade por falhas de um superior que aumentam o risco da comissão de um crime por agentes seus subordinados e, por isso mesmo, requer a clarificação dos deveres e das responsabilidades de ambas as partes;*
- d) O artigo 28º funciona como uma espécie de norma de garantia de implementação das regras internacionais, no momento que atribuí, em certas condições, uma*

¹ *An Introduction to the International Criminal Court, Third Edition*, p. 1.

² *Customary International Humanitarian Law*, 2009, p. 559-560.



responsabilidade a quem, onerado como uma posição de controlo efectivo, detém certa responsabilidades e certos deveres, relativamente ao comportamento dos seus subordinados;

e) O artigo 28º é uma norma, cuja aplicabilidade que se destina a responsabilizar certos agentes de crimes plurisubjectivos, quando é mais difícil ou não é possível, a utilização das figuras da comparticipação criminosa, previstas pelo Estatuto de Roma.

A segunda, refere-se ao modo como esta norma costumeira deve ser estudada e interpretada³, isto é, saber se se trata de uma tipificação de um crime independente para além dos tipificados no artigo 5º e, como tal, deve ser entendida como uma norma que tipifica um crime *sui generis*⁴ (1); ou se, pelo contrário, se trata de uma norma que prevê mais um mero modo de comparticipação criminosa a somar aos outros já existentes no Estatuto⁵ (2); ou, de outro modo, uma norma que determina uma específica forma de responsabilidade criminal diferente do n.º 3 do artigo 25º e que representa uma sub categoria particular da responsabilidade directa como um modo agravante da responsabilidade⁶ (3); ou, simplesmente, de uma norma que dispõe sobre uma particular classe de responsabilidade por omissão⁷ (4); ou ainda, de uma norma que se traduz numa complementaridade com o artigo 33º no sentido de serem dois lados da mesma moeda⁸ (5); ou de uma responsabilidade imputada ou negligência criminal (6)⁹ ou, simplesmente uma responsabilidade *sui generis* no sentido em que é um modo de responsabilidade pelos crimes dos subordinados ou uma responsabilidade dos actos do

³ Como procuram demonstrar Jean-Marie Henckagerst e Louise Doswald-Beck na sua obra *Customary International Humanitarian Law*, p. 558-563 e como mostra a jurisprudência dos Tribunais Internacionais, designadamente em Hadžihanović, ICTY, Decision on Joint Challenge Jurisdiction §716; Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility, 16 July 2003, IT-01-47-AR72, §57 e ainda ICTR, Jean-Paul Akayesu, Judgement, §702.

⁴ ICTY, Case n.º IT-03-68-T, In Trial Chamber II, 30th June 2006, Prosecutor V. Naser Orić: "By this essential element being distinct from the subordinate's responsibility under Article 7º(1) of the Statute, the superior's responsibility under 7º (3) of the Statute can indeed be called a responsibility *sui generis*".

⁵ William A. Schabas, *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, p. 1025 (HeinOnline, 37, New England Law Review, 2002-2003): "Command or superior responsibility is a form of criminal participation by which a person hierarchically responsible position may be held liable for the acts of subordinates. It differs from ordinary complicity, which exists upon proof that the commander ordered the act or otherwise aided and abetted its performance."

⁶ Beatrice I. Bonafé, *Finding a proper role for command responsibility*, p. 615.

⁷ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed., p. 233.

⁸ Elies van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Law*, p. 323.

⁹ Report of the Secretary-General pursuant to §2 of Security Council Resolution 808, UN Doc. S/25704, § 56 (1993).



superior (7)¹⁰ ou, finalmente, de uma norma que representa uma das modalidades de responsabilidade individual numa perspectiva de um específico modo de participação, avaliado como uma extensão do n.º 3 do artigo 25º (8).¹¹

Destas duas preocupações, daremos conta durante o decorrer deste capítulo.

5.1. Como deve ser encarado o artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional? Uma forma de participação separada mas não separável.

“... O artigo 28º representa, claramente, um modo «específico» de responsabilidade, para além de outros modos de responsabilidade criminal previstos no Estatuto de Roma, para os crimes sob a sua jurisdição”.

Otto Triffterer¹²

O Direito Internacional Criminal pode caracterizar-se por um dilema. Isto é, por um lado é orientado para a responsabilidade dos indivíduos mas, por outro, deve ser capaz de lidar com a criminalidade colectiva, por vezes mesmo com a criminalidade do Estado.¹³ O Direito Internacional na perspectiva e com as particularidades abordadas no Capítulo 3, centra a sua atenção na responsabilidade individual dos agentes de crimes de natureza internacional. Acontece que, se uma boa parte das vezes esses crimes constituem actos isolados, muitas outras vezes, provavelmente a maioria delas, temos uma pluralidade de agentes adstritos à prática de um resultado, uma vez que os actos de natureza criminal constituem no seu conjunto uma cadeia vasta de atrocidades, que apenas podem ser conduzidas por uma pluralidade de actores. Neste último caso, é muito difícil determinar com critério e acuidade, a responsabilidade individual de cada um dos membros de um determinado grupo, a partir das efectivas contribuições, nos seus diferentes modos (título

¹⁰ Chantal Meloni, *Command Responsibility: Mode of liability for the crimes of subordinates or a separate offense of the superior?* *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p. 619-637.

¹¹ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen sui generis or participation as “otherwise provided” in the article 28º Rome Statute*, p. 921.

¹² *Command Responsibility – crimen sui generis or participation as “otherwise provided” in the article 28º Rome Statute*, p. 904 (tradução do autor).

¹³ Beatrice I. Bonafé, *Finding a Proper Role for Command Responsibility*, p. 600.



comparticipativo), para a produção de um determinado resultado. A figura jurídica da responsabilidade de comando a par de outras figuras como a joint criminal enterprise “... foram desenvolvidas pelo direito internacional criminal para especificamente fazer face ao problema de crimes cometidos envolvendo uma pluralidade de agentes” (tradução e adaptação do autor)¹⁴. Assim, a figura da responsabilidade de comando foi concebida tendo por base que, nas relações entre os diversos agentes de um determinado crime, está uma estrutura de natureza hierárquica, na qual certos elementos, os subordinados, praticam fisicamente os crimes e outros elementos, e os superiores não têm, por vezes, um protagonismo na execução física de tais violações. O Estatuto prevê duas categorias de responsabilidade: a individual e a dos superiores. Estas categorias constituem duas ofensas separadas mas não separáveis na sua análise e determinação.¹⁵ A jurisprudência internacional designa estes dois modos de responsabilidade pela expressão “two separate pillars of responsibility”.¹⁶ Por um lado, a categoria da responsabilidade individual constitui a base da atribuição de uma responsabilidade, na qual é possível determinar uma certa contribuição individual para a comissão do crime principal. Se não for possível determinar esta contribuição, resta ainda ao aplicador da justiça penal internacional, avaliar da possível existência de uma responsabilidade dos superiores/de comando, no sentido em que esta se caracteriza pela omissão de certos deveres de que um comandante ou um superior hierárquico está juridicamente vinculado. Este facto não deve significar em momento algum que o superior partilha incondicionalmente a responsabilidade do crime cometido pelo seu subordinado. Como veremos mais detalhadamente neste Capítulo, este superior é apenas responsável pela sua omissão.

Acontece que esse mesmo carácter hierarquizado dessas estruturas relacionais permite concluir que os superiores hierárquicos estarão, de algum modo, ligados à execução material dos crimes, mas que esse modo de participação não pode incluir-se, nem nas categorias tradicionais da comparticipação criminosa, nem nos diversos modos de autoria. Esta

¹⁴ Beatrice I. Bonafé, *Finding a Proper Role for Command Responsibility*, p. 600.

¹⁵ ICTY, Case n.º IT-03-68-T, In Trial Chamber II, 30th June 2006, Prosecutor V. Naser Orić, §292 ss, [Em Linha] [Acesso em 6 de Julho de 2009]. <http://www.icty.org/x/cases/oric/tjug/en/ori-jud060630e.pdf>.

¹⁶ ICTY, Case No. IT-03-68-T, In Trial Chamber II, 30 June 2006, Prosecutor V. Naser Orić, §299.



impossibilidade fica a dever-se, por um lado, ao facto de que os vários modos de participação têm por denominador comum o exercer uma influência dolosa ou uma contribuição assistência ou apoio ao agente que pratica o facto criminoso e, por outro, à característica de que, na co-autoria, o agente toma parte directa sendo o crime executado pelo agente, em conjunto ou através de outros agentes. Ora, na responsabilidade de comando, tal apoio, tal influência e tal execução directa não se verifica, mas tem lugar tão-somente a criação de condições ou a abertura de uma possibilidade¹⁷ ou ainda criação de um perigo para bens protegidos¹⁸ e, assim, para a comissão do crime. Além deste facto, devem estar verificadas certas condições que não são requeridas noutros tipos de responsabilidade.¹⁹ O objectivo primário da responsabilidade individual é a tutela da ordem jurídica internacional, através da atribuição de uma sanção penal. O objectivo central da responsabilidade de comando é levar os comandantes militares e outros superiores a agirem de modo a que os seus subordinados respeitem o Direito Internacional, através de deveres de conduta de comando, ela própria tutelar do Direito Internacional. Como explica Beatrice I. Bonafé²⁰, os comandantes militares podem até ter concebido, planeado, dado ordens para a sua execução, instigado, encorajado ou simplesmente tolerado o crime, fazendo com que numa primeira aproximação pareça óbvia a sua responsabilidade. Todavia, é muito difícil determinar objectivamente a contribuição de cada um dos agentes para o crime, no sentido de a subsumir nas categorias já mencionadas, de modo a identificar a sua responsabilidade individual.

¹⁷ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen sui generis or participation as “otherwise provided” in the article 28° Rome Statute*, p. 916.

¹⁸ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen sui generis or participation as “otherwise provided” in the article 28° Rome Statute*, p. 916.

¹⁹ Por exemplo, *Judgment Laurent Semanza*, 20 May 2005, Case n.º ICTR-97-20-A, §257 ... For an accused to be convicted of instigating, it is not necessary to demonstrate that the accused had “effective control” over the perpetrator. The requirement of “effective control” applies in the case of responsibility as a superior under Article 6° (3) of the Statute. Ou ainda, ICTY, Case n.º IT-03-68-T, In Trial Chamber II, 30 June 2006, Prosecutor V. Naser Orić, §294. Taking together what has to be proven for individual criminal responsibility under Article 7° (3) of the Statute, both with regard to the crime base performed by others and the superior’s responsibility, four elements must be fulfilled: (i) an act or omission incurring criminal responsibility according to Articles 2° to 5° and 7° (1) of the Statute has been committed by other(s) than the accused (‘principal crime’); (ii) there existed a superior-subordinate-relationship between the accused and the principal perpetrator(s) (‘superior-subordinate-relationship’); (iii) the accused as a superior knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such crimes or had done so (‘knew or had reason to know’); and (iv) the accused as a superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such crimes or punish the perpetrator(s) thereof (‘failure to prevent or punish’).

²⁰ Beatrice I. Bonafé, *Finding a proper role for command responsibility*, p. 600.



Um outro problema que se vem colocando mais e maior acuidade é o facto de que o actus reus e o mens rea deste tipo de crimes se encontrarem em entidades diversas. Na verdade, a tarefa essencial de um comandante é tomar decisões, enquanto os comandantes subordinados se devem limitar a obedecer e a executar tais ordens. Tendo em consideração que os comandantes têm a responsabilidade primária de tomar decisões e de dar ordem (através do seu Estado-Maior), estes mesmos comandantes são também responsáveis pela execução das ordens (através também como já vimos do seu Estado-Maior). Desta dualidade em decidir e dar ordens por um lado e de executar, por outro, nasceu a dificuldade mencionada. De facto, uma unidade ou um comandante subordinado pode ser responsável pela execução de um crime, pelo seu actus reus, mas o elemento subjectivo, o mens rea, pode não estar nesse mesmo comandante, porquanto este desconheça a censurabilidade do facto, actue em obediência ao seu superior hierárquico e o facto em si não seja manifestamente ilegal. Os superiores, por seu lado, muitas vezes têm claramente mens rea ou uma mente culpável, mas raramente se envolvem quer na execução material e directa dos crimes, assassinando, violando, torturando, ou quer ainda na execução por intermédio de outrem através de ordens directas. O resultado é que, das dificuldades mencionadas, pode acontecer que não seja possível determinar qualquer responsabilidade resultante da execução de um crime grave em termos internacionais. A resposta moderna para estas dificuldades chama-se responsabilidade de comando ou dos superiores hierárquicos, conceito este que se aplica à determinação da responsabilidade do superior nas circunstâncias em que, por um lado, este não cometeu fisicamente um crime e que, por outro, não é possível demonstrar a sua responsabilidade directa por ter emitido uma ordem para a sua prática.

O artigo 28º integra a Parte 3 - “Princípios Gerais de Direito Penal” e surge integrado com outros artigos relativos à responsabilidade individual por crimes da jurisdição do tribunal. O artigo 25º abre com a noção geral dessa responsabilidade individual, seguido pelo artigo 26º que exclui a responsabilidade dos menores e pelo artigo 27º, que dispõe relativamente à irrelevância da qualidade oficial. É nesta sequência que surge o artigo 28º. Assim, a letra do próprio artigo 28º, interpretada pela regra do artigo 22º, n.º 2, expressa-se



no sentido de ser uma forma específica de responsabilidade através da expressão: “In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court: (...)”, expressão esta que foi traduzida para português como: “Para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas neste Estatuto...”, mas que no nosso entender deveria ter sido traduzida pela expressão: “Para além de outras espécies/formas de responsabilidade...”. Também uma comparação mais atenta entre as seguintes expressões dos artigos 25º e 28º revela uma proximidade extraordinária, excepto as expressões “por crimes”, “por crime” e “criminalmente responsável”²¹. Vejamos a seguinte tabela:

Artigo 28º	“In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:” “Para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal”:
Artigo 25º, n.º 3	“In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:” “Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem”:

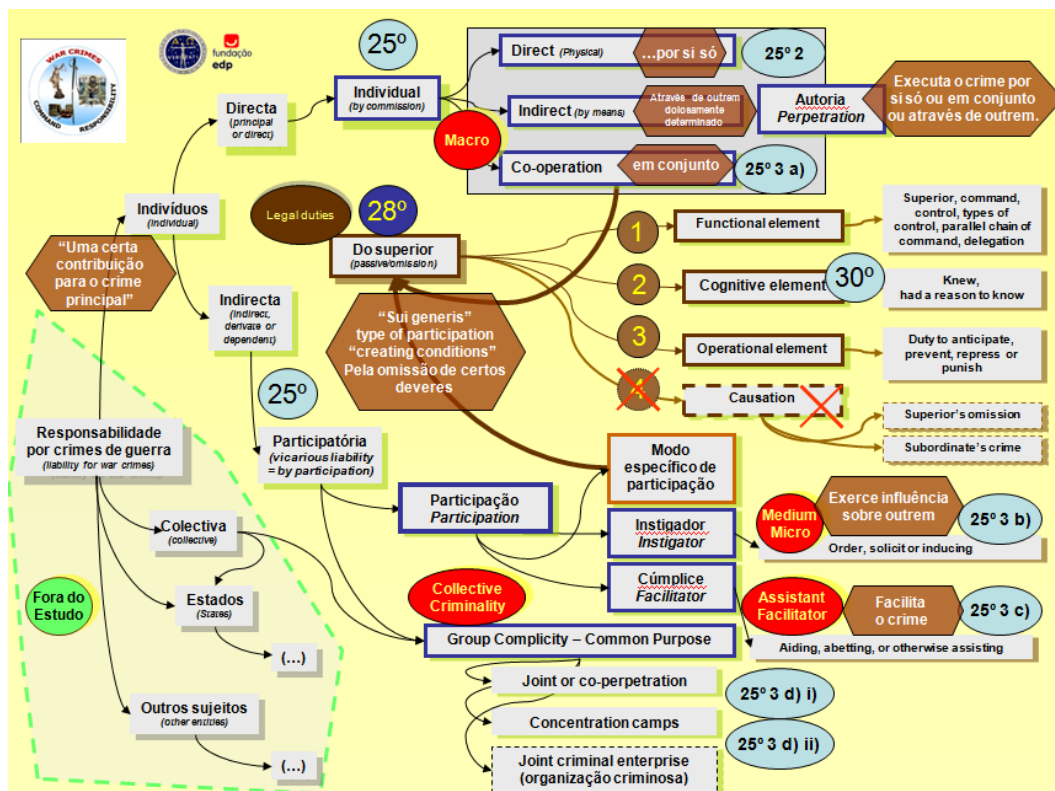
Para além deste argumento, o artigo 5º do Estatuto restringe a competência do Tribunal aos artigos nele previstos, no sentido em que estes, e só estes, são os crimes mais sérios que afectam a humanidade como um todo.²² Isto significa que, quer o artigo 25º, quer o artigo 28º, têm necessariamente de ser interpretados na perspectiva desta norma, não podendo, em caso algum, estender o número de crimes já previstos, mas apenas criminalizar diferentes condutas relativas aos crimes sob a jurisdição do Estatuto. O que faz o artigo 25º é identificar os vários modos de envolvimento na responsabilidade pela prática de um crime, de modo directo (através da comissão) e de modo indirecto (através da influência, contribuição ou do apoio). O

²¹ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen sui generis or participation as “otherwise provided” in article 28º Rome Statute?* p. 904.

²² Consideramos que o artigo 70º do Estatuto não se dirige aos designados “core crimes”.

que prevê o artigo 28º é também um modo de envolvimento na responsabilidade pela prática de um crime, através da criação de condições para a sua execução.

Tais argumentos vão no sentido de considerarmos, a responsabilidade de comando do artigo 28º do Estatuto de Roma, como um modo específico de responsabilidade criminal individual e não um outro tipo de crime, para além dos já estatuidos pelo artigo 5º, modo esse que deve ser avaliado na perspectiva do n.º 3 do artigo 25º. A figura seguinte tem precisamente por objectivo mostrar o entendimento do artigo 28º do Estatuto, dando ênfase ao carácter particular, complementar e específico desta forma de responsabilidade, dando conta de modo esquemático o percurso que fizemos na análise das diferentes problemáticas, bem como da ligação entre elas:



Os agentes em funções de comando, em regra, planeiam, ordenam, instigam, encorajam ou simplesmente toleram a comissão dos crimes. Como já referimos, à primeira vista, parece ser óbvio, que tal “contribuição” para a comissão de um crime de natureza internacional seja relevante em termos de responsabilidade internacional individual, como vimos determinável nos termos do artigo 25º do Estatuto. Todavia, poderá ser muito difícil estabelecer os



elementos concretos que permitam a incriminação a partir dos respectivos títulos participativos e, conseqüentemente, demonstrar a sua responsabilidade individual.²³ Neste tipo de relações hierárquicas há uma espécie de unidade onde os comandantes tomam decisões e os subordinados obedecem às ordens, pelo que será relativamente simples mostrar que uma destas unidades, no seu todo, actuou com uma determinada intenção, do que determinar, em concreto, os títulos participativos de cada um dos seus membros. Uma coisa parece relativamente aceitável. Na verdade, os executantes que realizam fisicamente uma ofensa não manifestam, em exclusivo, «ma mente culpabilizável, só pelos seus actos de execução, bem pelo contrário. A maior parte das vezes, a intenção vem do superior, através da concepção de um conjunto de acções cujo resultado final é ofensivo das regras jurídico-internacionais. Por vezes, nem executam actos nesse sentido, mas criam condições para que se produza um clima onde os seus subordinados se sintam tentados a prevaricar. Assim, sempre que um determinado superior não tenha ele próprio fisicamente cometido crime algum e não seja por essa via possível demonstrar a sua responsabilidade individual directa - por exemplo, através da prova de que ele ordenou a execução dos crimes - a responsabilidade desse superior hierárquico só pode ser determinada através da responsabilidade de comando. A responsabilidade de comando é, para muitos autores²⁴, uma das ferramentas mais importantes à disposição das instâncias jurisdicionais, que permitem estabelecer a responsabilidade de superiores hierárquicos (militares e não militares), envolvidos na comissão dos mais graves crimes de natureza internacional e, quanto a nós, deve ser analisada como uma forma de responsabilidade separada ou específica do superior, mas não separável das outras formas de responsabilidade individual.

²³ Beatrice I. Bonafé, *Finding a proper role for command responsibility*, p. 600.

²⁴ Entre muitos outros, Beatrice I. Bonafé, *Finding a proper role for command responsibility*, p. 601 e *Amnesty International - Amicus Curiae observations on superior responsibility submitted pursuant to rule 103 of the rules of procedure and evidence*, 2009, p. 3.

5.2. A responsabilidade dos comandantes militares: os requisitos cumulativos

“... Portanto, Trasímaco, nenhum chefe, em qualquer lugar de comando, na medida em que é chefe, examina ou prescreve o que é vantajoso a ele mesmo, mas o que é vantajoso para o seu subordinado, para o qual exerce a sua profissão...”
Platão, *A República*, p. 31 – 343 a

“Compreender para julgar... os militares devem ser o garante da dignidade humana nos momentos mais difíceis”.
Almiro Rodrigues²⁵

Muitos foram os contributos para a definição do moderno conceito de responsabilidade de comando, mas há nomes incontornáveis e de referência obrigatória: Tomoyukū Yasmashita (1945), Ernest Lou Medina (1971), Zejnil Delalić (1996), Radislav Krstić (2004) e Sefer Halilović (2005). Quando o conceito foi originalmente pensado, dirigia-se, como foi o caso Tomoyukū Yasmashita, à determinação da responsabilidade dos designados oficiais de alta patente.²⁶ Cerca de 40 anos depois da II Guerra Mundial, quando os Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda foram estabelecidos, este conceito era muito controverso e incerto, pelo que a grande tarefa com que foram confrontados foi a de tornar o conceito mais objectivo e, portanto, juridicamente aceitável. Carla Del Ponte refere-se à responsabilidade dos comandantes militares como “uma das ferramentas mais importantes à disposição dos tribunais internacionais para determinar a responsabilidade de líderes locais e de líderes ao mais alto nível em Estados onde as suas estruturas militares, políticas e administrativas estiveram envolvidas em crimes graves (tradução do autor)”.²⁷

Hoje o Direito Internacional Criminal está dotado de um considerável número de casos, cuja jurisprudência contribui para um aperfeiçoamento do conceito, designadamente tornando-o num conceito de maior abrangência, aplicável a militares e a civis, apesar de, como

²⁵ Juiz do ICTY, entrevista concedida ao autor, Julho de 2007.

²⁶ No original “high-ranking officers”. Beatrice I. Bonafé, *Finding a proper role for command responsibility*, p. 601.

²⁷ *Prosecuting the Individuals Bearing the Highest level of Responsibility*, *Journal of Criminal Justice*, 2004, p. 516-517.



refere Beatrice I. Bonafé²⁸, apenas 10 dos 54 acusados com base nesta forma de responsabilidade no ICTR, terem efectivamente sido condenados.

Um dos aspectos mais importantes em que os protagonistas Tomoyuki Yasmashita, Ernest Lou Medina, Zejnil Delalić, Radislav Krstić e Sefer Halilović tiveram um papel decisivo foi, precisamente, na determinação da natureza da responsabilidade de comando. Sem embargo de nos referirmos a esta questão de modo mais detalhado no ponto relativo ao tema “O comandante é criminalmente responsável por que factos (*ratione materie*)?”, importa tomar posição imediata sobre se o comandante é responsável pelos actos praticados pelos seus subordinados ou se, pelo contrário, o superior hierárquico é apenas responsável pela falha dos seus deveres como superior dos seus subordinados.

Em 2005, na jurisprudência do caso *Sefer Halilović*²⁹, o ICTY estabeleceu claramente que “... o comandante é responsável por uma omissão. O comandante é responsável pela sua falha em agir conforme o que é exigido pelo direito internacional. Esta omissão é censurável porque o direito internacional impõe um dever afirmativo aos superiores no sentido de impedirem e punirem os crimes cometidos pelos seus subordinados. Assim, relativamente aos actos dos seus subordinados (...) o comandante não partilha a mesma responsabilidade relativa aos crimes cometidos... mas apenas é responsável pela sua falha de acção... (tradução do autor)”. Para além desta afirmação, a jurisprudência do caso *Zejnil Delalić*, deixou claramente afirmado que a responsabilidade de comando não é uma responsabilidade pela participação.³⁰ Os superiores são responsáveis por si próprios, pela violação/omissão dos seus deveres resultantes da sua posição de superioridade. Esta ideia é tanto mais verdade

²⁸ Finding a proper role for command responsibility, p. 602.

²⁹ In Trial Chamber I, Section A, Case n°. IT-01-48-T, Date: 16th November 2005, §54. “The Trial Chamber finds that under Article 7° (3) command responsibility is responsibility for an omission. The commander is responsible for the failure to perform an act required by international law. This omission is culpable because international law imposes an affirmative duty on superiors to prevent and punish crimes committed by their subordinates. Thus “for the acts of his subordinates” as generally referred to in the jurisprudence of the Tribunal does not mean that the commander shares the same responsibility as the subordinates who committed the crimes, but rather that because of the crimes committed by his subordinates, the commander should bear responsibility for his failure to act. The imposition of responsibility upon a commander for breach of his duty is to be weighed against the crimes of his subordinates; a commander is responsible not as though he had committed the crime himself, but his responsibility is considered in proportion to the gravity of the offences committed. The Trial Chamber considers that this is still in keeping with the logic of the weight which international humanitarian law places on protection values”.

³⁰ *Delalić and others* (IT-96-21-T) Trial Chamber, 16th November 1998, §239: “Command responsibility is not a form of vicarious liability”.



que, se notarmos, um superior que adopte todas as medidas necessárias, adequadas e ao seu alcance para impedir e punir os seus subordinados, em princípio, não incorre em responsabilidade criminal, mesmo se o crime vier a ser consumado pelos seus subordinados.

Uma das decisões mais importantes nesta matéria foi pronunciada pela Instância de Julgamento no caso *Zejnir Delalić*³¹ e reafirmada em casos tais como *Radislav Kordić*³², *Bagilishemma*³³, *Ntagerura*³⁴, *Blaskić*³⁵, *Zlatko Aleksovski*³⁶, *Krnjelac*³⁷ e *Nasser Orić*³⁸, indicando os elementos essenciais (condições cumulativas)³⁹ da responsabilidade de comando pela falha em agir ou, se se quiser, pela omissão. Guénael Mettraux na sua obra “*The law of command responsibility*” publicada em 2009 considerou que, tais elementos, foram estabelecidos pelo costume internacional⁴⁰ e que há efectivamente uma ordem entre eles que deve ser respeitada. Assim, o dever de acção a que se refere o terceiro elemento, só tem lugar se verificada a existência de uma relação suficiente de autoridade hierárquica entre o superior e o subordinado e se o conhecimento das acções deste subordinado por parte do seu superior, forem relevantes para que lhe seja atribuída responsabilidade de comando. Para além deste facto, importa estabelecer o elemento subjectivo (*mens rea*) antes que considerar se o superior cumpriu ou não com os seus deveres de impedir e punir a execução do crime pelos seus subordinados, uma vez que, ainda de acordo com Guénael Mettraux, estes deveres do superior, só existem a partir do momento em que o superior tem a informação necessária sobre

³¹ *Delalić and others (IT-96-21-T)*, Trial Chamber, 16th November 1998, [Em linha] [Acesso em 12 de Março de 2008]. <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm> em Abril de 2009: §346. “While it is evident that the commission of one or more of the crimes under Articles 2 to 5 of the Statute is a necessary prerequisite for the application of Article 7^o(3), the Trial Chamber agrees with the Prosecution’s proposition that the principle of superior responsibility properly is analysed as containing three constitutive parts. From the text of Article 7^o(3) it is thus possible to identify the essential elements of command responsibility for failure to act as follows: (i) The existence of a superior-subordinate relationship; (ii) The superior knew or had reason to know that the criminal act was about to be or had been committed; and (iii) The superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent the criminal act or punish the perpetrator thereof.”

³² E também em *Kordić (IT-95-14-2A) Appeals Chamber*, 17th December 2004, §839, [Em linha] [Acesso em 16 de Março de 2008]. http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf.

³³ *Appeal Judgment*, §52 e §55.

³⁴ *Appeal Judgment*, §166-175.

³⁵ *Trial Judgment*, §308.

³⁶ *Trial Judgment*, §80.

³⁷ *Trial Judgment*, §94.

³⁸ ICTY, Case n.º IT-03-68-T, In Trial Chamber II, 30th June 2006, Prosecutor V. Naser Orić, §294.

³⁹ *Celebici (Delalić) IT-96-21-T*, 16 Nov 1998, §346; *Radislav Kordić IT-95-14/2-A, Appeal*, 17th Dec 2004, §839, and *Naser Orić IT-03-68-T*, 30 Jun 2006, §294; Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 247-249 (2008) (identifying the cumulative conditions for superior responsibility).

⁴⁰ Guénael Mettraux - *The law of command responsibility*, tradução do autor a partir das notas aduzidas na p. 129 do Capítulo 7.



a possibilidade da prática dos actos criminosos pelo subordinado⁴¹. Finalmente, Jean-Marie Henckjaer e Louise Doswald-Beck, na sua obra “Customary International Humanitarian Law” mencionam o facto que estes elementos não esgotam toda a problemática.⁴² Vejamos, pois, tais elementos:

- (1) A existência de uma relação do tipo “superior-subordinado” (que designaremos por elemento funcional);
- (2) O superior sabia ou tinha uma razão para saber (ou não teve em consideração a informação que...) que o acto criminoso estava para ser cometido ou que tinha sido cometido (que designaremos por elemento subjectivo);
- (3) E o superior falhou na tomada das medidas necessárias e razoáveis para impedir o acto criminoso ou para punir o seu perpetrador (que designaremos por elemento operacional não alternativo, mas funcionando na prática como uma segunda oportunidade);
- (4) Há ainda, não um elemento de responsabilidade do superior, mas uma condição de aplicabilidade, isto é, a ofensa do superior deverá ultrapassar o âmbito disciplinar e inserir-se na prática de um crime, tutelado pelo Direito Internacional.⁴³

É importante afirmar a este propósito que a comissão do crime praticado pelo subordinado do superior cuja responsabilidade esteja a ser analisada, não é *stricto sensu* um elemento da doutrina de responsabilidade de comando, mas apenas uma condição de aplicabilidade⁴⁴, facto que analisaremos em detalhes mais à frente neste Capítulo.

Igualmente, importar exarar que, o superior poderá ser responsabilizado pelas acções ou pelas omissões dos seus subordinados⁴⁵, desde que estas omissões constituam crimes, como é o exemplo das omissões de alimentação provocadas relativamente aos prisioneiros de guerra, no

⁴¹ Guénael Mettraux - *The law of command responsibility*, tradução do autor a partir das notas aduzidas na p. 129 do Capítulo 7.

⁴² “This includes, but not limited to”, p. 561.

⁴³ Nasser Orić Trial Judgment, §294 e Gacumbitsi, Appeal Judgment, §143.

⁴⁴ Guénael Mettraux, *The law of command responsibility*, 2009, tradução do autor a partir das notas aduzidas na p. 132 do Capítulo 8.

⁴⁵ Nasser Orić Trial Judgment, §302-304.



sentido de lhes provocar a morte. Mas, neste caso, deve entender-se a responsabilidade de comando como uma “responsabilidade perpendicular”, isto é, que poderá resultar dos actos cometidos pelos seus subordinados, apenas quando estes actuam como autores dos crimes e não quando estes actuam como participantes.⁴⁶

Neste Capítulo, e a partir deste momento, seguiremos a análise dos elementos essenciais da responsabilidade de comando, dando particular destaque à relação entre eles. Nesta relação, salientaremos a importância da conjugação entre o elemento cognitivo e o elemento operacional, na determinação da responsabilidade *ratione materiae*, uma vez que este parece ser, considerando o elemento funcional, o aspecto decisivo na resposta à tese por nós defendida: O artigo 28º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional é por nós entendido como estatuinto em crime de segunda oportunidade para o superior hierárquico em que, dependentemente da relação entre o tipo de conhecimento possuído (tinha conhecimento, deveria ter tido conhecimento ou não considerou a informação que lhe indicava claramente) e o momento em que é praticado o facto típico pelos seus subordinados, este (o superior) é dolosamente responsável pela omissão que aumentou o risco da prática do crime previsto no Estatuto nos termos do artigo 5º⁴⁷ ou, pelo contrário, é apenas negligentemente responsável pela omissão que resulta dos seus deveres de superior hierárquico. Relativamente ao elemento “deveria ter tido conhecimento (*should have known*)”, este deverá ser determinado recorrendo aos critérios objectivos, tendo em consideração os deveres a que o superior está obrigado.

⁴⁶ A jurisprudência maioritária parece ir neste sentido, especialmente em *Blaskić Appeal Judgment* §67, em *Bagilishema Blaskić Appeal Judgment* §49-55, e também a doutrina como por exemplo *Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly Resolution 52/135, as endorsed by the Secretary-General of the United Nations*, 18th February 1999, §81. Há todavia outras interpretações, como por exemplo a que Guénael Mettraux, *The law of command responsibility*, 2009, p. 136, (em especial nota 25) em que este autor defende que poderá haver responsabilidade do superior sempre o subordinado esteja “envolvido” na comissão de um crime, mas não seja ele (o subordinado) o seu autor, uma vez que, ainda segundo este autor, a figura da participação criminosa em direito internacional não está ligada à comissão do crime, mas à contribuição substancial feita para essa mesma contribuição.

⁴⁷ Ou, em concreto, apenas nos termos do seu artigo 8º.



5.2.1. – A existência do elemento funcional: o problema do controlo efectivo

*“The duty of military commanders to control their troops is fundamental to international law - article 4º (2) (a) GC III and HR article 1º (1)”.
Volker Nerlich⁴⁸*

*“Superior responsibility is believed by many to offer the most effective way of convicting leaders when evidence is lacking that they have actually ordered the commission of atrocities”.
William Schabas⁴⁹*

Se voltarmos atrás ao momento que em afirmámos que o conceito foi originalmente pensado, como foi o caso Tomoyuki Yasmashita, para a determinação da responsabilidade dos designados oficiais de alta patente, verificamos que o elemento funcional, até ao final da II Guerra Mundial, estava intrinsecamente ligado à ideia de uma relação do tipo *jure-position* do arguido, isto é, uma posição de hierarquia formal. Esta situação relativa aos oficiais de alta patente era uma posição relativamente fácil de sustentar. Esta foi a posição dominante designadamente do IMTTFE⁵⁰ onde “... a posição oficial na hierarquia do Estado é suficiente para inferir que o superior tinha efectiva autoridade sobre os seus subordinados e que, por isso mesmo, é de algum modo responsável pelos crimes por estes cometidos (tradução do autor)”⁵¹.

Todavia, os Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda adoptaram uma posição diferente, abandonando o critério de formalidade estrita do tipo *jure-position* adoptando um critério mais *fact-sensitive*, isto é, avaliando face aos factos se o superior, independentemente da sua posição de *jure*, estava ou não numa posição que lhe permitia controlar efectivamente os seus subordinados. Vejamos com detalhe a jurisprudência no caso Zejnil Delalić: “... uma posição de comando é na verdade necessária como pré condição para que seja possível atribuir responsabilidade de comando.... O factor que determina a existência

⁴⁸ Volker Nerlich em *Superior Responsibility under article 28º ICC Statute*, 2007, p. 671.

⁴⁹ *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, p. 1030 (HeinOnline, 37 New Eng Law Review 2002-2003).

⁵⁰ *International Military Tribunal for the Far East*.

⁵¹ Beatrice I. Bonafé, *Finding a proper role for command responsibility*, p. 608.



de uma responsabilidade criminal é a posse ou a não posse de poderes de controlo sobre as acções dos subordinados⁵².... uma nomeação formal como comandante não é para tal necessária... uma vez que tal responsabilidade pode ser atribuída por uma situação de uma posição de comando a que corresponda um controlo “de facto” e/ou também de jure (tradução do autor)⁵³. A expressão controlo efectivo, esclareceu o mesmo Tribunal, significa que, independentemente da posição de jure, o superior hierárquico detém de facto a capacidade material de impedir e punir os agentes dos crimes previstos no Estatuto.⁵⁴ Isto não significa que seja bastante que o superior detenha uma influência substancial no(s) agente(s) do(s) crime(s), para determinar a existência de um elemento funcional.⁵⁵ Mesmo no caso da posição de jure do superior hierárquico, é necessário que se mostre claramente que este tinha a capacidade material de impedir e punir os agentes dos crimes previstos no Estatuto. É o facto

⁵² Pavle Stugar ICTY, IT-01-42-T, 31st January 2005, [Em linha] [Acesso em 21 de Abril 2009]. <http://www.icty.org/case/stugar/4#tjug> - §363. “Consistently with the above reasoning, other persuasive sources seem to indicate that there is no requirement that the superior-subordinate relationship be immediate in nature for a commander to be found liable for the acts of his subordinate. What is required is the establishment of the superior’s effective control over the subordinate, whether that subordinate be immediately answerable to that superior or more remotely under his command. The Chamber refers to the ICRC Commentary dealing with the concept of a “superior” within the meaning of Article 86 of Additional Protocol I, the provision on which Article 7(3) of the Statute is based, which emphasises that the term does not only cover immediate superiors. Again, the issue is seen as one of control rather than formal direct subordination.”

⁵³ Delalić and others (IT-96-21-T), trial Chamber, 16 November 1998, [Em linha] [Acesso em 21 de Abril de 2009]. <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm> - §370. “While the matter is, thus, not undisputed, it is the Trial Chamber’s opinion that a position of command is indeed a necessary precondition for the imposition of command responsibility. However, this statement must be qualified by the recognition that the existence of such a position cannot be determined by reference to formal status alone. Instead, the factor that determines liability for this type of criminal responsibility is the actual possession, or non-possession, of powers of control over the actions of subordinates. Accordingly, formal designation as a commander should not be considered to be a necessary prerequisite for command responsibility to attach, as such responsibility may be imposed by virtue of a person’s de facto, as well as de jure, position as a commander.”

⁵⁴ Delalić and others (IT-96-21-T), trial Chamber, 16 November 1998, [Em linha] [Acesso em 21 de Abril de 2009]. <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm> - §378. “Accordingly, it is the Trial Chamber’s view that, in order for the principle of superior responsibility to be applicable, it is necessary that the superior have effective control over the persons committing the underlying violations of international humanitarian law, in the sense of having the material ability to prevent and punish the commission of these offences. With the caveat that such authority can have a de facto as well as a de jure character, the Trial Chamber accordingly shares the view expressed by the International Law Commission that the doctrine of superior responsibility extends to civilian superiors only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates which is similar to that of military commanders (sublinhados nossos).”

⁵⁵ Delalić and others (IT-96-21-A), Appeal Chamber, 20th February 2001 - §256. “The Appeals Chamber agrees that this supports the Trial Chamber’s interpretation of the law on this point. The concept of effective control over a subordinate - in the sense of a material ability to prevent or punish criminal conduct, however that control is exercised - is the threshold to be reached in establishing a superior-subordinate relationship for the purpose of Article 7(3) of the Statute §266. The Appeals Chamber considers, therefore, that customary law has specified a standard of effective control, although it does not define precisely the means by which the control must be exercised. It is clear, however, that substantial influence as a means of control in any sense which falls short of the possession of effective control over subordinates, which requires the possession of material abilities to prevent subordinate offences or to punish subordinate offenders, lacks sufficient support in State practice and judicial decisions. Nothing relied on by the Prosecution indicates that there is sufficient evidence of State practice or judicial authority to support a theory that substantial influence as a means of exercising command responsibility has the standing of a rule of customary law, particularly a rule by which criminal liability would be imposed (sublinhados nossos).”



de o superior deter esta capacidade de exercer um controlo efectivo sobre o seu subordinado que serve de base (não é a única razão) à existência de deveres especiais relativamente a esses mesmos subordinados.⁵⁶

Mas o conceito de superior não está de modo nenhum restrito aos comandantes militares. O uso do vocábulo “superior” e a afirmação da responsabilidade criminal individual dos chefes de Estado ou dos responsáveis governamentais “indica que este conceito se estende para além dos comandantes militares aos líderes políticos e a outros superiores não militares em posição de autoridade (tradução do autor)”.⁵⁷ Idêntica posição foi tomada nos casos *Clement Kayishema* e *Obed Ruzindana*.⁵⁸ Relativamente aos superiores hierárquicos não militares, a existência deste elemento funcional pode mostrar-se mais difícil de identificar. Na verdade, estão mais difusos os poderes formais detidos por líderes políticos, no sentido de controlar os seus comandantes militares, mas tal não significa que não exerçam poderes de autoridade de facto sobre estes comandantes⁵⁹. Ainda relativamente ao problema do controlo efectivo, podemos-nos questionar sobre o valor da presença (ainda que silenciosa) do superior na cena do crime. A jurisprudência internacional segue uma linha comum ao afirmar que, quer no caso da responsabilidade directa, quer no caso da responsabilidade de comando, a presença não é um dos elementos objectivos do crime, embora possa constituir uma forma de assistência.⁶⁰ A jurisprudência dos casos *Jean Paul Akayesu* e *Zlatko Aleksovski*⁶¹ esclareceram o problema afirmando que o valor da presença tem que ser avaliado, como havendo um efeito encorajador dos agentes do crime, efeito esse que contribui substancialmente para o crime, tendo em conta a sua autoridade sobre os seus subordinados.

⁵⁶ *Sever Halilović*, ICTY IT-01-48-T, 16th November 2005 §38: “It is clear that the form of responsibility set out in Article 7^o(3) of the Statute is based upon the duty of superiors to act, which consists of a duty to prevent and a duty to punish criminal acts of their subordinates. It is thus the “failure to act when under a duty to do so” which is the essence of this form of responsibility. As will be seen below, this duty to act arises by virtue of a superior’s possession of effective control over his subordinates. §40... The elements of command responsibility are derived from the duties comprised in responsible command, and those duties are generally enforced through command responsibility.”

⁵⁷ *Čelebići Judgement*, §356; *Aleksovski Appeal Judgement*, §76.

⁵⁸ ICTR *Clément Kayishema*, (ICTR-95-1); *Obed Ruzindana* (1: ICTR-95-1; 2: ICTR-96-10), Judgment, §479ss.

⁵⁹ *Musema*, (ITCR-96-13) Trial Chamber, 27th January 2000, §880-881.

⁶⁰ *Furundžija*, Judgment, §235.

⁶¹ *Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4), Judgment, §705; *Zlatko Aleksovski*, ICTY, (IT-95-14/1) *Lašva Valley*, Judgment, §87.



Nas modernas operações militares, tal como procurámos explicar no Capítulo 2 a propósito dos graus de comando e controlo, pode acontecer que existam cadeias de comando paralelas, especialmente se considerarmos o comando multinacional e o comando nacional. Neste aspecto particular vamos mais além que Elies van Sliedregt⁶², uma vez que, se analisarmos as competências dos comandantes em cadeia paralelas, verificaremos que, embora em todos os graus de comando e controlo se possa exercer o controlo local de uma determinada força, só no comando completo e no comando operacional se podem atribuir missões e tarefas. Assim, excluindo o caso do controlo táctico e controlo operacional, parece-nos que os comandantes com maior dever de controlo sobre as suas forças são os que detêm o comando completo, os que detêm o comando operacional e, em alguns casos, os que detêm o comando táctico, uma vez que estes ainda podem atribuir tarefas, ainda que de modo muito limitado. Aqui deve ser considerada em particular a jurisprudência do caso Tihomir Blaškić⁶³, no sentido em que pode haver, num determinado momento, mais que um comandante responsável pelos actos do subordinado. É o caso de uma força dada a um comando multinacional em comando operacional e onde o comandante dessa mesma força mantém o comando completo directo sobre os seus subordinados. Para além desta questão, a delegação de poderes, pode também levantar-se a questão de saber se o comandante que delegou permanece ou não ainda responsável pelos crimes dos seus subordinados. Também fizemos referência a este assunto no Capítulo 2. Assim, a ideia geral é a de que a delegação de poderes não transmite delegação de responsabilidade⁶⁴ e portanto o superior delegante permanece responsável pelos actos dos seus subordinados e o subordinado em quem foram delegados os poderes permanece responsável perante o comandante das suas falhas de controlo. Todavia, somos da opinião que, se a delegação de poderes se mostrar a técnica mais adequada para melhor controlar os seus subordinados, tendo em consideração a situação operacional, designadamente quando a distância física ou a acção do adversário impeçam outra solução, o comandante deverá ser especialmente aliviado da censurabilidade da responsabilidade pela sua falha.

⁶² The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law, p. 155-156.

⁶³ ICTY, IT-95-14-T Judgment, 3rd March 2000 - §303. referindo-se a Aleksovski, Judgment, §106.

⁶⁴ Elies van Sliedregt, The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law, p.157.



Finalmente, um outro aspecto que, apesar de parecer menor, reforça a centralidade desta capacidade material para exercer os deveres de controlo relativos ao comando foi levantado no caso *Hadžihasanović & Kubura*⁶⁵ sobre a possibilidade de um comandante ser responsável por crimes cometidos por subordinados seus, antes de este comandante assumir o comando. O Tribunal foi muito claro ao afirmar⁶⁶ que não há responsabilidade de comando por crimes cometidos por subordinados antes de assumir o comando, uma vez que esta se baseia na violação de deveres. Dito isto, o Tribunal também reconheceu que, em tempo de guerra, os comandantes militares mudam muito frequentemente, facto que pode deixar a responsabilidade de certos crimes sem ser atribuível a um determinado comandante. Estudaremos as razões por detrás desta posição, quando tratarmos a temática “O comandante é criminalmente responsável por que factos (*ratione materie*)?”. Por agora é importante destacar que esta forma de responsabilidade baseia-se na existência de certos deveres, que derivam exactamente da posição de controlo efectivo que detém o superior.⁶⁷ Daí ser muito importante o conceito de controlo efectivo dos seus subordinados, não só no sentido de impor uma observância do direito internacional⁶⁸, como também no de considerar quer uma relação

⁶⁵ *Hadžihasanović & Kubura* (IT-01-47) Central Bosnia.

⁶⁶ Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, *Hadžihasanović & Others*, ICTY (IT-01-47-A), Appeals Chamber, 16th July 2003, §3. “This interlocutory appeal presents two issues. These concern challenges by the Appellants on: (1) the responsibility of a superior for the acts of his subordinates in the course of an armed conflict which was not international in character (“internal”); and (2) the responsibility of a superior for acts which were committed before he became the superior of the persons who committed them... §46. In fact, there are indications that militate against the existence of a customary rule establishing such criminal responsibility. For example, Article 28° of the Rome Statute of the International Criminal Court provides that: (a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where: (i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and (ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution. Under the Rome Statute, therefore, command responsibility can only exist if a commander knew or should have known that his subordinates were committing crimes, or were about to do so. This language necessarily excludes criminal liability on the basis of crimes committed by a subordinate prior to an individual’s assumption of command over that subordinate”.

⁶⁷ ICTY, IT-01-48-T, 16th November 2005, Judgement, Prosecutor V. Sefer Halilović: §38. “It is clear that the form of responsibility set out in Article 7°(3) of the Statute is based upon the duty of superiors to act, which consists of a duty to prevent and a duty to punish criminal acts of their subordinates. It is thus the “failure to act when under a duty to do so” which is the essence of this form of responsibility... this duty to act arises by virtue of a superior’s possession of effective control over his subordinates (sublinhados nossos).”

⁶⁸ ICTY, IT-01-48-T, 16th November 2005, Judgement, Prosecutor V. Sefer Halilović: §39. The Trial Chamber recalls that the purpose behind the concept of command responsibility is to ensure compliance with the laws and customs of war and international humanitarian law generally. The principle of command responsibility may be seen in part to arise from one of the basic principles of international humanitarian law aiming at ensuring protection for protected categories of persons and objects during armed conflicts. This protection is at the very heart of international humanitarian law. Ensuring this protection requires, in the first



hierárquica, individual, vertical e directa ou uma relação plural e remota⁶⁹. A obediência a instruções⁷⁰, a distribuição de ordens e tarefas⁷¹, o critério de Dragan Nikolić⁷², o testemunho dos detidos⁷³, o testemunho do pessoal humanitário e dos observadores internacionais⁷⁴, poderes efectivos de acção disciplinar e investigatória⁷⁵, o encaminhamento de relatórios sobre os crimes e o poder de os relatar em relatórios⁷⁶, a assumpção da responsabilidade dos seus

place, preventative measures which commanders are in a position to take, by virtue of the effective control which they have over their subordinates, thereby ensuring the enforcement of international humanitarian law in armed conflict. A commander who possesses effective control over the actions of his subordinates is duty bound to ensure that they act within the dictates of international humanitarian law and that the laws and customs of war are therefore respected (sublinhados nossos)."

⁶⁹ ICTY, IT-01-48-T, 31st January 2005, Judgement, Prosecutor V. Pavle Strugar, §363. "Consistently with the above reasoning, other persuasive sources seem to indicate that there is no requirement that the superior-subordinate relationship be immediate in nature for a commander to be found liable for the acts of his subordinate. What is required is the establishment of the superior's effective control over the subordinate, whether that subordinate is immediately answerable to that superior or more remotely under his command. The Chamber refers to the ICRC Commentary dealing with the concept of a "superior" within the meaning of Article 86° of Additional Protocol I, the provision on which Article 7°(3) of the Statute is based, which emphasises that the term does not only cover immediate superiors. Again, the issue is seen as one of control rather than formal direct subordination. It states: "This is not a purely theoretical concept covering any superior in a line of command, but we are concerned only with the superior who has a personal responsibility with regard to the perpetrator of the acts concerned because the latter, being his subordinate, is under his control". The direct link which must exist between the superior and the subordinate clearly follows from the duty to act [...] Furthermore, only that superior is normally in the position of having information enabling him to conclude in the circumstances at the time that the subordinate has committed or is going to commit a breach. However, it should not be concluded from this that this position only concerns the commander under whose direct orders the subordinate is placed [...] The concept of the superior is broader and should be seen in terms of a hierarchy encompassing the concept of control." §364. Further support can be found in the judgement of the military tribunal in the case against the Japanese Admiral Soemu Toyoda tried in the aftermath of World War II. The military tribunal expressly stressed the irrelevance of the level of subordination as it stated "In the simplest language it may be said that this Tribunal believes the principle of command responsibility to be that, if this accused knew, or should by the exercise of ordinary diligence have learned, of the commission by his subordinates, immediate or otherwise, of the atrocities proved beyond a shadow of a doubt before this Tribunal or of the existence of a routine which would countenance such, and, by his failure to take any action to punish the perpetrators, permitted the atrocities to continue, he has failed in his performance of his duty as a commander and must be punished". §365. Reference may also be made to the Commentary of the International Law Commission on Article 6° of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind construing the use of the term "superiors" in the plural form as an indication that the doctrine of command responsibility "applies not only to the immediate superior of a subordinate, but also to his other superiors in the military chain of command or the governmental hierarchy if the necessary criteria are met." In this respect, the Chamber also recalls that "the test of effective control ... implies that more than one person may be held responsible for the same crime committed by a subordinate. §366. In light of the above, the Chamber holds that there is no legal requirement that the superior subordinate relationship be a direct or immediate one for a superior to be found liable for a crime committed by a subordinate, provided that the former had effective control over the acts of the latter. As to whether the superior has the requisite level of control, the Chamber considers that this is a matter which must be determined on the basis of the evidence presented in each case (sublinhados do autor)".

⁷⁰ Guénaél Mettraux, 2009, p. 164.

⁷¹ Bantekas, 2002, p. 87.

⁷² Citado por Elies van Sliedregt, *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, p.155 - ICTY IT-94-2, Review of the Indictment Pursuant to rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 20th October 1995, §24: "todas as decisões são iniciadas por uma determinada entidade ou por ela passam antes de serem executadas (tradução do autor)".

⁷³ Furundžija Judgement, §65 e §130.

⁷⁴ IT-95-12-R61, §58-59 e Bantekas, 1999, p.584.

⁷⁵ Guénaél Mettraux, 2009, p. 164.

⁷⁶ Guénaél Mettraux, 2009, p. 164.



actos perante uma determinada entidade⁷⁷, a capacidade para mandar prender os agentes do crime⁷⁸, a capacidade para distribuir armas, munições ou outro equipamento militar⁷⁹, a capacidade de mandar vir à sua presença os autores dos crimes⁸⁰, a capacidade de recrutar e treinar⁸¹, a capacidade de libertar prisioneiros⁸², o poder de parar a execução dos crimes, a capacidade de representação em encontros formais⁸³, o poder para controlar as finanças e pagar salários⁸⁴, independentemente da cadeia de comando de jure, são fortes elementos (de modo algum esta lista é exaustiva) que podem levar um tribunal a se pronunciar pela existência de uma relação de efectivo controlo de facto.⁸⁵ Uma simples assinatura pode não ser o suficiente para mostrar a existência deste efectivo controlo, pois esta assinatura deve ser acompanhada do poder de execução, uma vez que muitas ordens são executadas sem qualquer assinatura.⁸⁶

O cerne da questão do controlo efectivo no estabelecimento da responsabilidade de comando é, como muito bem explica Guénaél Mettraux, resulta “da vontade em incorporar no conceito deste tipo de responsabilidade, não apenas os indivíduos formalmente e juridicamente nomeados para funções de comando, mas aqueles que efectivamente lideram, comandam e exercem um papel determinante na aplicação dos standards humanitários (tradução e adaptação do autor)”⁸⁷.

⁷⁷ Pode ser uma entidade plural: ver ICTY, IT-95-14-T, 3rd March 2000, Judgement, Prosecutor V. Tihomir Blaškić - §303. “Finally, as recognised in the Aleksovski Judgement, the Trial Chamber holds that the test of effective control exercised by the commander implies that more than one person may be held responsible for the same crime committed by a subordinate”.

⁷⁸ Guénaél Mettraux, 2009, p. 165.

⁷⁹ Guénaél Mettraux, 2009, p. 165.

⁸⁰ Guénaél Mettraux, 2009, p. 165.

⁸¹ Guénaél Mettraux, 2009, p. 165.

⁸² Guénaél Mettraux, 2009, p. 165.

⁸³ Guénaél Mettraux, 2009, p. 165.

⁸⁴ Guénaél Mettraux, 2009, p. 166.

⁸⁵ ICTY, IT-95-14/1-T, 25th June 1999, Judgement, Prosecutor V. Zlatko Aleksovski, §106. The issue whether the guards came concurrently under another authority, such as the military police commander, in no way detracts from the fact that the accused was their superior within the confines of Kaonik prison, since it has been proved, as regards the activities within the prison, that the guards obeyed the accused's instructions and were answerable to him for their acts. Accordingly, the Trial Chamber considers that, on the basis of the evidence tendered at trial, it was established that the accused was the superior of prison guards within the meaning of Article 7(3) of the Statute for all matters relating to their duties in connection with the organisation and functioning of Kaonik prison.

⁸⁶ Čelebici Judgement, § 673 e 764.

⁸⁷ Guénaél Mettraux, *The law of command responsibility*, 2009, p. 143.

5.2.1.1. - A existência do elemento funcional como dever de controlo, traduzido numa omissão continuada ou como deveres independentes?

“O superior deve conhecer todos os factos, e, em particular, a sua própria competência para controlar os seus subordinados... (tradução do autor)”

Otto Triffterer⁸⁸

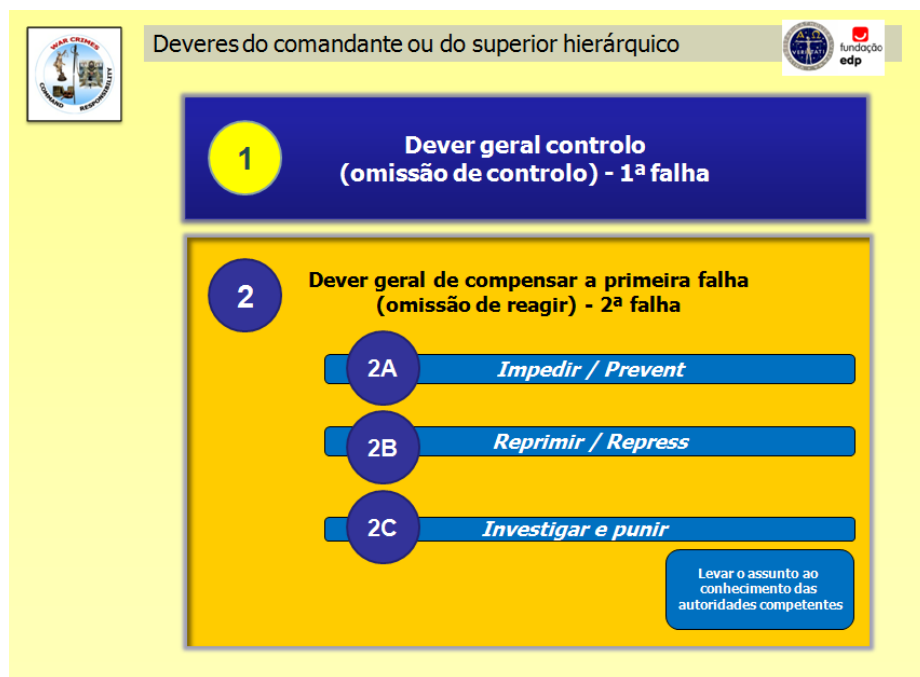
O superior deve conhecer todos os factos e, em particular, a sua própria competência para controlar os seus subordinados ou forças, porque estes são os factos que estabelecem o seu dever jurídico de controlo. Referimos no Capítulo 4 que a comissão de um crime por omissão deve integrar três elementos: 1) A realização de um resultado; 2) A existência de um dever de acção e 3) Um nexo de causalidade entre o comportamento passivo e a produção de um resultado. Dissemos também que os actos de omissão são apenas criminalizados quando o direito impõe uma clara obrigação de acção e o agente dotado de um elemento subjectivo (conhecimento e vontade), falha em agir conforme as exigências do direito. Quanto estudámos o artigo 25º do Estatuto, vimos que este estabelece uma responsabilidade individual pela comissão de um crime internacional e também por actos que contribuem para essa mesma comissão. O artigo 25º não menciona omissões, mas também não as exclui.⁸⁹ O artigo 28º, pelo contrário, quer no caso da alínea a), quer na alínea b), requer exclusivamente que exista uma falha no exercício do dever de controlo, excluindo deste modo a criminalização de actos positivos dos superiores ou, se se quiser, deixando os comportamentos comissivos por acção dos superiores hierárquicos para serem analisados face a uma das alternativas do n.º 3 do artigo 25º.⁹⁰ Outros comportamentos comissivos por omissão também podem suscitar questões de responsabilidade individual por participação mas os requisitos dessa responsabilidade requerem uma específica relação da causalidade com o crime, aspecto que não acontece na

⁸⁸ Command Responsibility – *crimen sui generis* or participation as “otherwise provided” in the article 28º Rome Statute, p. 910.

⁸⁹ Otto Triffterer, *Command Responsibility*, p. 905.

⁹⁰ Posição aliás em linha com as afirmações de Antonio Cassese no Capítulo 4.

responsabilidade de comando.⁹¹ Importa, neste momento, explicar uma ideia central do artigo 28º, no que respeita aos deveres a que está obrigado o comandante. Em boa verdade, este está obrigado a dois deveres gerais que se são materializados por um conjunto de acções. O superior hierárquico está obrigado a um dever geral de controlo efectivo nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 28º até ao momento em que se produz a tentativa ou o resultado dos actos de execução, momento em que este dever ser substituído por um dever geral de compensar a falha do primeiro dever. Vejamos a seguinte tabela:



Isto é, o dever de controlo prolonga-se até ao dever de compensar essa falha. Por um lado, no primeiro caso, o dever de geral de controlo efectivo decompõe-se num primeiro momento num dever de controlo para impedir a preparação de actos criminosos e, num segundo momento, no dever de reprimir, logo que tenha lugar o início da execução ou a tentativa. Por outro lado, o dever geral de compensar a primeira falha aproveita também o dever de reprimir conjugado com o dever de investigar e punir e ainda, se necessário, levar o dever de levar ao conhecimento das autoridades competentes, no caso da produção do resultado (deve também incluir-se a tentativa).⁹² Deve afirmar-se com clareza que não se trata

⁹¹ Este aspecto é muito discutível e apresenta diversas soluções, consoante diferentes autores. Voltaremos a ele mais tarde.

⁹² Discordante com esta nossa posição encontramos Guénael Mettraux, *The law of command responsibility*, 2009, p. 132.

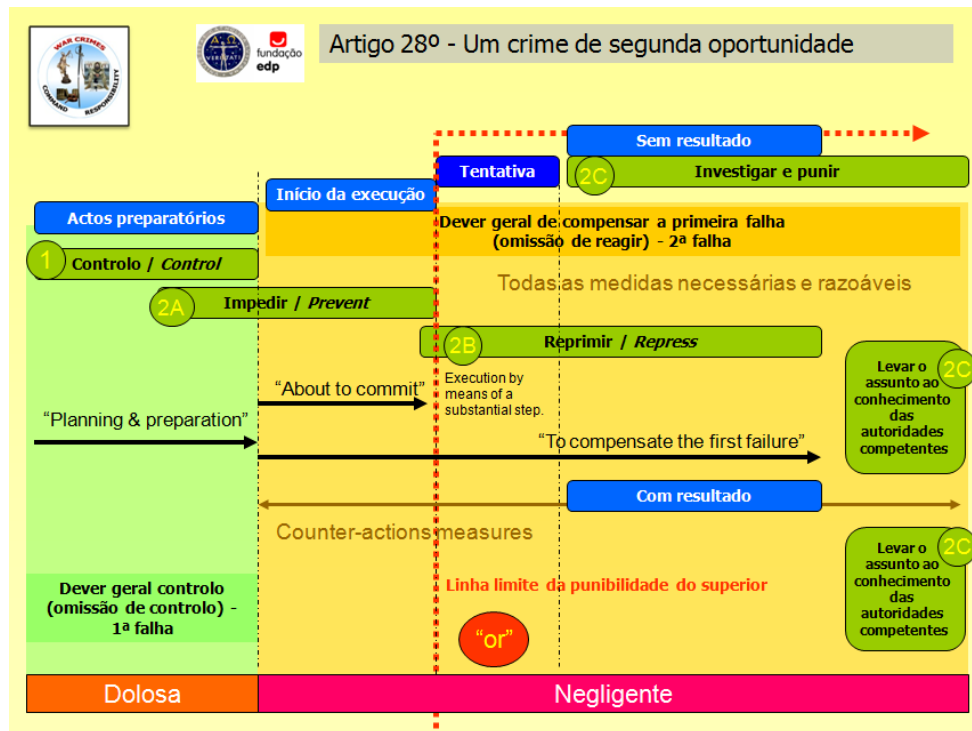


*de deveres alternativos*⁹³, no sentido em que o superior pode afastar a sua responsabilidade se optar apenas por um deles, mas são, em boa verdade, deveres a exercer em momentos diversos, com idêntico peso valorativo, tendo em consideração a fase em que o superior tem conhecimento dos actos dos seus subordinados. Serão alternativos se se quiser, mas apenas na medida em que a não omissão de cada um deles depende do momento em que o superior tinha conhecimento, deveria ter tido conhecimento ou teve informação que lhe indicava claramente. Tendo em consideração o artigo 21º do Estatuto, o artigo 28º deve ser interpretado de acordo com o costume internacional. Assim, os deveres a que fazem referência às alíneas a) (ii) e b) (iii) devem ser entendidos como obrigações separadas e independentes que se impõem a todos os superiores.⁹⁴ Isto é, o vocábulo “ou” na frase “...não tenha adoptado todas as medidas ... para impedir ou impedir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes...”, não representa uma opção, um menú ou uma lista de opções, mas apenas um elenco de todos os deveres relativamente à conduta dos seus subordinados.

Importa também referir a expressão “about to commit” no sentido em que o legislador internacional consagra um dever de acção imediato antes que o acto atinja a sua condição de punibilidade e os actos de planeamento e de início da execução se transformem numa tentativa. Isto é, consagra-se um dever de acção imediata logo no primeiro estado de desenvolvimento das acções tendentes a colocar em marcha a comissão dos crimes, mesmo para além da definição de tentativa da alínea f) do n.º 3 do artigo 25º. O quadro seguinte procura relacionar os deveres gerais a que um comandante está obrigado e a linha limite de punibilidade, no sentido de ilustrar que o segundo dever procura actuar como compensação pela primeira falha e daí a sua designação de um crime de segunda oportunidade.

⁹³ Prosecutor v. Blaškić, Case n.º IT-95-14-T, Judgment, 3rd March 2000, §336; Kordić and Čerkez Trial Judgment, §444; Bagilishema Trial Judgment, §49; Strugar Trial Judgment, §373; Limaj Trial Judgment, §527; William A. Schabas, *The United Nations International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone* p. 322 (2006).

⁹⁴ Halilović Decision on Amendment of Indictment, §31-32 (observing that the “or” is disjunctive and reflects separate duties); Blaškić Appeal Judgment §78-85; Alexander Zahar and Göran Sluiter, *International Criminal Law* 269, (2008).



Este dever de acção imediata de impedir o desenvolvimento de futuras acções justifica-se uma vez que a falha do superior em exercer o controlo efectivo abriu a possibilidade e assim permitiu ao subordinado iniciar a preparação do crime base.⁹⁵ Todavia, se o superior não desencadear as acções razoáveis a que o subordinado suspenda a preparação do crime base, este facto não é por si só gerador de responsabilidade e tal só acontecerá se se atingir o estado de punibilidade com a tentativa do subordinado. Aquilo que o legislador internacional pretende é evitar que o superior estabeleça uma certa influência (pela criação de uma oportunidade) sobre o subordinado para a comissão do crime, através da falta de controlo. Assim, exige-se uma imediata reacção para compensar essa falta de controlo adoptando “todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance...”⁹⁶ para impedir a comissão dos crimes que se tinha tornado possível, devido à sua primeira falha de controlo.

“Impedir” e “reprimir” são dois vocábulos que dão ênfase à ideia de que o dever de compensar a falha de controlo efectivo se deve iniciar o mais cedo possível, logo que o superior

⁹⁵ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen suis generis or participation as “otherwise provided” in the article 28º Rome Statute*, p. 916 e 917.

⁹⁶ Artigo 28º, alínea a) (ii) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.



“tenha conhecimento” ou “deva ter conhecimento” que os seus subordinados se estavam a preparar para cometer os crimes. O vocábulo “impedir” vai no sentido de evitar que se atinja o estado de punibilidade e portanto dirige-se aos actos preparatórios e ao início da tentativa. O vocábulo “reprimir” vai no sentido de abortar os actos substanciais que serão adequados para realizar a comissão do crime (para produzir o resultado) e aos quais já tenha sido dada acção. Uma vez que tais vocábulos (impedir e reprimir) exprimem acções alternativas de tal modo ligadas, dependentes do momento em que o superior “tenha conhecimento”, “deva ter conhecimento” ou “considere a informação disponibilizada” não podem ser interpretadas como um “safety belf”⁹⁷. Na verdade aquele superior que “tinha conhecimento”, ou que “deveria ter conhecimento” ou ainda que “dispunha informação disponibilizada” tem o dever de agir de imediato.⁹⁸ Relativamente à terceira alternativa relativa ao dever de levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, apenas se aplica àqueles superiores que “conheciam” ou “poderiam ter tido conhecimento” sobre a comissão do crime, depois da sua comissão ou da sua tentativa e que, nesse momento adquirem esse mesmo dever de comunicação imediato.

O caso Pavle Strugar⁹⁹ relativo à responsabilidade da execução de tiro de artilharia sobre a zona histórica da cidade costeira de Dubrovnik durante o conflito nos Balcãs (Croácia), mostra bem a importância desta noção de deveres alternativos, uma vez que, sabendo da existência de que no passado haviam sido executados bombardeamentos de artilharia (JNA) ilegais (no sentido que não resultaram de ordens superiores), o superior Pavle Strugar nada fez para punir os autores desses mesmos bombardeamentos, criando com esta sua atitude, um risco maior¹⁰⁰ de que os seus subordinados repetissem essas acções, como de

⁹⁷ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen suis generis or participation as “otherwise provided” in the article 28° Rome Statute*, p. 919.

⁹⁸ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen suis generis or participation as “otherwise provided” in the article 28° Rome Statute*, p. 919.

⁹⁹ Pavle Strugar (ICTY, IT-01-42) Dubrovnik Case.

¹⁰⁰ Pavle Strugar Appeal Judgment - §306 “Strugar’s convictions arose out of the shelling of the Old Town of Dubrovnik. On the specific facts of the case, Strugar was found to have ordered the attack on Srđ (a position above Dubrovnik), and to have known that (i) previous military action in the area involved unauthorized shelling of the Old Town of Dubrovnik, (ii) his subordinates’ had substantial artillery capacity, (iii) existing orders prohibiting the shelling of the Old Town had not proved effective, and (iv) there had been no punishment of previous acts of shelling of the Old Town. §305 In light of these facts, the Appeals Chamber



facto vieram a repetir, designadamente executando fogos de artilharia sobre civis e sobre o centro histórico.¹⁰¹ “Não ter punido incentiva a continuação ou, na falta de competência disciplinar para o fazer, deverá ser comunicado o facto ao superior que possua tais competências”¹⁰². Feita esta breve mas muito importante precisão importa ainda observar o seguinte: em ambas as alíneas a) e b) do artigo 28º pressupõe-se a existência de uma falha em exercer o controlo sobre os seus subordinados actuando sob o seu comando e autoridade efectiva. Este é o ponto de partida para a determinação da responsabilidade dos superiores, que em qualquer dos casos é a existência de uma falha de controlo. Esta omissão é relevante em termos criminais, apenas porque resulta de um dever pré existente à comissão do crime, nos termos da expressão “sob a sua autoridade e controlo efectivos”. Este dever geral de controlo, falha através de uma primeira omissão desse dever, omissão essa que cria, no normal decurso dos factos¹⁰³, um risco de violação de bens jurídico-internacionais protegidos pelo Estatuto de Roma, através da abertura a maior possibilidade dos subordinados executarem a comissão de um crime. Mas, todavia, apenas a segunda falha, relativa aos deveres de reprimir, investigar, punir e levar ao conhecimento das autoridades competentes, está para além do limite de punibilidade do superior. Isto é, em boa verdade, o superior não é penalmente responsabilizável pela primeira omissão, mas apenas o é no momento em que tem início a tentativa do seu subordinado para cometer o crime e este falha os seus deveres gerais de compensar a primeira falha, considerando, claro está, o momento em que o superior teve conhecimento de que o subordinado agia no sentido de dar corpo à comissão de um crime.

Dissemos no Capítulo 3 que o artigo 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional estabeleceu um regime geral para o elemento mental dos crimes sob a sua jurisdição, isto é, a amplitude do elemento volitivo dos actos perpetrados com dolo directo e necessário são puníveis pelo Estatuto, excluindo portanto todos os outros cometidos com dolo eventual. Dissemos também que, embora esta fosse a regra geral, ao excluir os crimes

found that the Accused “was alerted of the risk that similar acts of unlawful shelling [like those that had occurred previously] of the Old Town might be committed by his subordinates”.

¹⁰¹ Pavle Strugar Appeal Judgment - §301. “Nonetheless, it stressed that where a superior fails to punish crimes of which he or she has actual knowledge, this is likely to increase the risk of new crimes being committed”.

¹⁰² Almiro Rodrigues, Juiz do ICTY, entrevista concedida ao autor, Julho de 2007.

¹⁰³ In the ordinary course of events - article 30º (3).

negligentes e os praticados com dolo eventual, abre a possibilidade de estender o elemento mental a outras formas ou categorias, para além das já identificadas, ao estatuir no seu n.º 1 que “salvo disposição em contrário...” nenhuma pessoa pode ser responsabilizada por crimes nos quais o elemento subjectivo seja a negligência. Dissemos também no Capítulo 3 que se podiam identificar dois exemplos de um regime diverso deste regime de dolo, designadamente através da exigência da existência de um dolo específico para além do dolo genérico ou comum (no caso do artigo 7º, n.º 2, (i)) e um requisito mental diferente do regime geral do artigo 30º, como é o caso dos n.ºs 1, alínea a) e 2, alínea a) do artigo 28º. Recordadas que foram estas observações, voltemos aos dois deveres que estão na origem da censurabilidade da omissão: por um lado, está o dever geral de controlo (que compreende o controlo, o impedir e o reprimir), por outro apresenta-se o dever geral de compensar a primeira falha (que compreende o dever de tomar todas as medidas necessárias e razoáveis para reprimir, investigar, punir e levar ao conhecimento das autoridades competentes se for o caso). Relativamente a estes deveres importa considerar que o facto de ter sido cometido um crime ou de este ter sido tentado, é, antes de mais, uma evidência que falhou o primeiro dever geral de prevenção do superior. Este facto indica que este dever de controlo existe até ser substituído pelo dever geral repressão (compensação da primeira falha) dos actos substanciais de execução, pelo não há quanto a nós uma verdadeira omissão continuada mas dois deveres que são susceptíveis de gerar duas falhas diferentes em momentos distintos, independentes um do outro, embora com uma fronteira entre eles muito esbatida.



5.2.2. A natureza do crime do artigo 28º, na sua especial relação com os artigos 25º e 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

“La paix par la justice”¹⁰⁴

A legenda “La paix par la justice” traduz uma das ideias maiores sobre a responsabilidade do artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, uma vez que esta norma tem por objectivo fazer de cada comandante um vigia atento do seus subordinados, no sentido em que, pela observância das regras internacionais, seja possível construir uma paz mais duradoira. Já referimos que o artigo 28º é um dos artigos mais discutidos, um dos artigos que produziu as maiores divergências de interpretação e um dos artigos mais determinantes para a tutela do Direito Internacional Penal. Compreendê-lo implica também conhecer a história recente da jurisprudência internacional, conhecer os fundamentos dos diferentes sistemas judiciários e ainda ter presente não só os propósitos do próprio Estatuto de Roma, como também a organização da sua parte geral e especial. Os pontos seguintes procuram, ainda que de modo sintético, identificar o modo como entendemos a sua natureza, através da enumeração das suas principais características:

- I. Não se trata de definição de um tipo de crime separado do artigo 5º, interpretação esta que é expressamente proibida pelo n.º 2 do artigo 22º, que se encontra fora do âmbito do artigo 70º e é limitada pela articulação dos artigos 5º e 77º. Para além destes argumentos, defendemos que trata a responsabilidade criminal por uma falha de controlo que abre a possibilidade a outros agentes seus subordinados de cometerem crimes;*
- II. É um modo de responsabilidade criminal individual e exclui o comportamento activo dos superiores hierárquicos, comportamento activo este que, a existir, deve ser avaliado nos termos do n.º 3 do artigo 25º;*

¹⁰⁴ Legenda da pintura de Alberz Besnard, oferecida pela França e exposta no Grande Hall do Palácio da Paz em Haia (Holanda).



- III. O artigo 28º não é um crime *sui generis* (no sentido do artigo 5º) mas um tipo de responsabilidade *sui generis*¹⁰⁵ (no sentido do n.º 3 do artigo 25º);
- IV. O artigo 28º, em ambas as modalidades da alínea a) e b), lida exclusivamente com omissões, em especial aquelas que estão fora do âmbito do n.º 3 do artigo 25º¹⁰⁶, uma vez que consideramos que esta última norma cobre as duas modalidades de comportamento por acção e por omissão. Isto significa que comportamentos por acção do superior, exercendo influência, contribuindo para a assistência ou apoio ou ainda executando o facto criminoso em conjunto ou através dos seus subordinados, devem ser subsumidos numa das alíneas do n.º 3 do artigo 25º. As omissões também devem ser avaliadas nos termos do n.º 3 do artigo 25º, se e só se, vão para além da mera omissão do dever de controlo e têm uma relação específica com um determinado crime¹⁰⁷ ou no caso da alínea b) do n.º 2 do artigo 28º (não tem relação com o serviço);
- V. O crime do artigo 28º trata de um modo de participação (organizado em dois casos diferentes), e que por isso deve ser avaliado no contexto do n.º 3 do artigo 25º, no sentido de saber se há uma omissão dos deveres nele consagrados e se não há uma particular relação com um certo crime. A aplicação do artigo 28º tem como requisito a existência de uma falha de controlo, sabendo o superior que essa falha poderá dar origem à comissão pelos subordinados de crimes da jurisdição do Estatuto. Tendo em consideração que, grande parte dos crimes, são cometidos com a tolerância silenciosa dos seus superiores ou através da omissão do controlo sobre os seus subordinados, o artigo 28º preenche um importante espaço deixado pelo n.º 3 do artigo 25º, no que respeita ao estabelecimento de uma modalidade de responsabilidade, para além daquelas já consagradas;

¹⁰⁵ Hadžihasanović IT-01-47-T, 25 March 2006, §75, Sefer Halilović IT-01-48-T, 16 Novembro, 2005, §78 e Naser Orić IT-03-68-T, 16 de Outubro de 2006, §293.

¹⁰⁶ Otto Triffterer, 2004, *Command Responsibility*, Article 28º: “O artigo 25º também inclui a responsabilidade por omissão (tradução do autor)”, p. 258.

¹⁰⁷ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen suis generis or participation as “otherwise provided” in the article 28º Rome Statute*, p. 905.



- VI. O artigo 28º trata uma responsabilidade criminal pela omissão, que não requer uma relação especial com um determinado tipo de crime, nem uma determinada quantidade de agentes seus subordinados. Tal como o artigo 25º, quer a prática do crime, quer a sua tentativa é punida. Todavia, diferentemente do artigo 25º, o artigo 28º requer uma especial relação de subordinação entre o superior e o subordinado, relação essa que está identificada através das expressões “by forces” e “by subordinates” (ambos no plural) que descrevem, não só um número incerto, como também não identificado de pessoas sob o seu efectivo comando e controlo/efectiva autoridade controlo, conforme o caso. Este facto reforça ainda mais a ideia de que não há uma relação directa com um crime específico;
- VII. O artigo 28º e o n.º 3 do artigo 25º têm em comum um aspecto muito importante: ambos estabelecem uma responsabilidade individual para crimes sob a jurisdição do Estatuto de Roma, não para qualquer outro tipo de crimes. A responsabilidade dos superiores pode ser também estabelecida ao nível nacional por violações sérias do direito internacional humanitário, mas o Estatuto não tem jurisdição sobre tais crimes;¹⁰⁸
- VIII. Ao contrário do artigo 25º, que se aplica a qualquer agente, o artigo 28º requer como requisito de aplicabilidade a qualificação dos agentes, organizados em dois grupos distintos;
- IX. O artigo 28º só deve ser considerado quando foram excluídas outras possibilidades relativas à responsabilidade individual do agente, isto é, quando o agente não preenche qualquer dos requisitos do n.º 3 do artigo 25º. O n.º 3 do artigo 25º enumera os modos de acção que representam contributos substanciais para a comissão de um crime, isto é, “exercer uma influência dolosa”, “assistência ou apoio” ou ainda “executando o crime em conjunto ou através de outrem” (que pode ser o subordinado). O artigo 28º, em ambas as modalidades, estende este requisitos de responsabilidade

¹⁰⁸ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen suis generis or participation as “otherwise provided” in the article 28º Rome Statute*, p. 906.



para além das tradicionais formas de responsabilidade directa e indirecta, uma vez que vê tais contributos substanciais para a comissão de um crime, através da “criação de condições” ou do “incremento da possibilidade ou do risco” para que os seus subordinados cometam crimes. Assim, só deve aplicar-se a responsabilidade de comando ou do superior hierárquico, quando não for possível aplicar qualquer uma das outras modalidades de participação, pois esta responsabilidade de comando representa uma forma especial de responsabilidade individual pela participação;¹⁰⁹

- X. Conjuntamente com o artigo 25º, o artigo 28º, devido à sua localização na parte geral, tem uma função de definição de elementos comuns aos outros crimes, evitando repetições;*
- XI. O artigo 25º refere o termo “crime” enquanto o artigo 28º utiliza o vocábulo “crimes”, uma vez que o primeiro estabelece uma responsabilidade criminal individual por actos (de acção ou de omissão) que contribuíram para a comissão de um crime específico e, o segundo, uma omissão que não requer uma relação em concreto com um determinado crime;¹¹⁰*
- XII. Juntamente com o artigo 25º, o artigo 28º enumera todos os modos de cometer ou de participar na comissão de um crime, excluindo qualquer outra conduta criminalmente relevante para o Estatuto e por isso juntos enumeram todas as alternativas relevantes para o início do procedimento criminal, com vista à determinação da responsabilidade criminal individual;*
- XIII. O artigo 28º, conjugado com o artigo 25º, estende a noção de participação dos superiores, e apenas destes, nos crimes previstos pelo Estatuto de Roma e relativamente ao artigo 30º, reduz os requisitos do elemento mental, facto que se*

¹⁰⁹ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen suis generis or participation as “otherwise provided” in the article 28º Rome Statute*, p. 907: “... article 28º has to be evaluated as a specific mode of participation”.

¹¹⁰ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen suis generis or participation as “otherwise provided” in the article 28º Rome Statute*, p. 905.



- justifica plenamente, uma vez que o superior está equipado com um poder especial sobre os seus subordinados, que lhe é conferido pelas suas funções;*¹¹¹
- XIV. Os comportamentos comissivos por acção do superior estão excluídos do artigo 28º e apenas podem ser responsabilizados nos termos do n.º 3 do artigo 25º;*
- XV. Os crimes cometidos por subordinados que não resultem da falha intencional de controlo não podem ser responsabilizados à luz do artigo 28º;*
- XVI. O limite de punibilidade do superior (isto é, com o início da tentativa) requer que os subordinados cometam o crime com o standard mental do artigo 30º, independentemente da modalidade aplicável ao crime nos termos do n.º 3 do artigo 25º;*
- XVII. A responsabilidade criminal do superior não é afectada pela eventual menoridade dos seus subordinados, uma vez o crime efectivamente cometido;*
- XVIII. O artigo 28º emenda os requisitos do elemento mental exigido pelo artigo 30º no sentido de uma menor exigência (... em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento... ou não teve em consideração a informação), não só porque se tratam de agentes qualificados detentores de poder hierárquico, mas principalmente porque não se trata de uma omissão de um dever relativo à prática de um crime em concreto (ao contrário do n.º 3 do artigo 25º). Relativamente aos elementos mentais do n.º 3 do artigo 25º, nada é “otherwise provided”;*
- XIX. Não há responsabilidade penal internacional sempre que os crimes dos subordinados não resultam da falha de controlo ou quando o superior tomou todas as medidas necessárias e razoáveis para realizar os seus deveres;*
- XX. Em princípio, não há responsabilidade penal do superior, sempre que o seu subordinado assuma a qualidade de participante de um crime, e não a qualidade de autor;*¹¹²

¹¹¹ Otto Triffterer, 2004, *Command Responsibility*, Article 28º Rome Statute, p. 255.



- XXI. *Existem circunstâncias especiais em que o superior pode ser responsabilizado por um crime cometido em momento anterior à sua posse enquanto comandante daqueles subordinados em concreto;*
- XXII. *O artigo 28º, apesar da sua relativa indefinição relativamente aos subordinados, apresenta-se mais detalhado relativamente ao n.º 3 do artigo 25º, definindo precisamente a conduta punível, em que circunstâncias e quais são os elementos mentais requeridos para desencadear a responsabilidade;*
- XXIII. *O artigo 28º é um crime de segunda oportunidade, porque sendo um tipo omissivo e de natureza intencional, combina uma conduta omissiva dolosa e uma outra negligente, usando a segunda apenas para limitar a responsabilidade pela primeira. O superior torna-se responsável apenas no momento em que as consequências da omissão dolosa são por ele, pela segunda vez, negligentemente ignoradas e se tornam reais (visíveis), através da tentativa ou da execução.*

5.2.3. A existência do elemento subjectivo – o fantasma de Yamashita sobrevive

“Yamashita continua a ser um dos casos mais controversos de aplicação da doutrina da responsabilidade de comando, não só devido aos procedimentos usados no seu julgamento, mas também à ambiguidade na determinação do seu mens rea”.

Jenny Martinez¹¹³

A grande controvérsia do caso Yamashita situa-se precisamente na determinação do seu elemento subjectivo. George F. Guy afirmou que o argumento mais significativo apresentado pela defesa “...foi o facto de que não foi apresentada uma única prova em como o General Yamashita ordenou os actos de que era acusado, ou tão pouco tinha conhecimento dos mesmos, antes ou depois de estes terem tido lugar... a essência deste caso, centrou-se na falha

¹¹² Nasser Orić Appeal Judgment, §35, ou ainda Guénael Mettraux, *The law of command responsibility*, 2009, p. 136: “... the subordinates of the accused did not take a culpable part on the commission”.

¹¹³ *Understanding Mens Rea in Command Responsibility*, p. 648 (tradução do autor).



de controlo sobre as suas tropas”.¹¹⁴ O Tribunal que julgou o General Yamashita aceitou a premissa básica de que um comandante pode ser criminalmente responsável, em determinadas circunstâncias, pela violação dos seus deveres de controlar as suas tropas e assim impedir a comissão de certos crimes. Vejamos a seguinte citação: “Claramente, o comando de tropas é acompanhado de uma larga autoridade e uma pesada responsabilidade... é absurdo, contudo, considerar o comandante assassino ou violador apenas porque um dos seus soldados cometeu tais crimes. Todavia, se estas acções forem em larga escala e se não existir uma efectiva tentativa por parte de um comandante para investigar e controlar estes actos criminosos, o comandante pode ser... criminalmente responsabilizado, pelos actos ilegais dos seus subordinados, dependentemente da sua natureza e das circunstâncias em torno destes” (tradução do autor).¹¹⁵ O problema é que o Tribunal não especificou o elemento subjectivo do comandante militar relativamente à falha de controlo, pela qual este poderá ser responsabilizado. Segundo Jenny Martinez¹¹⁶ alguns observadores argumentaram que o Tribunal não considerou a defesa de Yamashita baseada na sua ignorância dos factos, por se ter convencido que este deveria ter sabido dos crimes de algum modo, dado o seu carácter continuado e de larga escala.¹¹⁷ Outros observadores, ainda segundo o mesmo autor, alegam que a decisão foi baseada numa responsabilidade estrita, e que por isso mesmo não foi necessária a prova sobre qualquer elemento mental do arguido.¹¹⁸ Outros, ainda, arguíram que, uma vez sendo os juízes da mesma nacionalidade e não se levantando problema de conceptualização, foi aplicada uma responsabilidade com base numa “inadvertent negligence”.¹¹⁹

¹¹⁴ *War Crimes and War Crimes Trials from Leipzig to the International Crime Court and Beyond*, p. 309 e 310.

¹¹⁵ *IV Law Reports of trials of War Criminals*, 35 (UNWCC, 1947).

¹¹⁶ *Understanding Mens Rea in Command Responsibility*, p. 649.

¹¹⁷ No caso do absolvido General Soemu Toyoda, que foi julgado no caso “Rape of Manila”, o Tribunal voltou a referir que os elementos essenciais da responsabilidade de comando são “o conhecimento” ou a notícia actual ou reconstruída (neste ultimo caso a gravidade e a extensão das ofensas permitem concluir que o comandante militar não podia senão ter conhecimento das ofensas dos seus subordinados (tradução do autor a partir de William H. Parks, p. 72).

¹¹⁸ Roberta Arnold, p. 203 quoting ICTR-96-4-T, Jean Paul Akayesu, 25th September 1998: “... strict liability test... according to this test, the superior is criminally for the acts committed by his subordinates, without it being necessary to prove his criminal intent. This principal is based on the assumption that a commander’s duty is to control his subordinates, no matter what circumstances, and that failure to do so implies liability”.

¹¹⁹ Para mais detalhes sobre esta expressão, ver Capítulo 3.



Numa segunda aplicação do conceito no caso “Hostages”¹²⁰, o Tribunal declarou que “o comandante pode ser responsabilizável se sabia ou deveria ter sabido dos actos praticados pelos seus subordinados”, rejeitando o argumento da defesa, baseando-se no facto de que a ausência do quartel-general não implica ausência de conhecimento, uma vez que o comandante militar tem o dever de se manter informado sobre os acontecimentos na sua área de responsabilidade. Um outro passo foi dado no sentido de afastar as críticas ao caso do General Yamashita, com o caso do “High Command”. Na verdade, o Tribunal afirmou a necessidade de haver “... uma falha pessoal de supervisão dos subordinados, falta essa que constitui uma negligência criminal atribuível ao comandante militar (tradução do autor)”.¹²¹ Também o IMTFE, aquando do julgamento de 28 militares e civis japoneses sobre a questão da responsabilidade de comando, observou o seguinte: “... se tal pessoa teve, ou só não teve tal conhecimento por negligência sua, não fica isenta de responsabilidade ... (tradução do autor)”.¹²²

Em resumo, no final da II Guerra Mundial o elemento subjectivo relativo à responsabilidade de comando parecia estar organizado do seguinte modo: o arguido sabia ou praticou uma falha em se manter informado sobre a conduta dos seus subordinados, ou ainda, não sendo possível a prova do seu conhecimento, este pode ser construído, no caso de violações graves, extensas e continuadas.

Infelizmente, o Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra, celebrado em 1977, não veio esclarecer por via do n.º 2 do artigo 86º este assunto, contribuindo até para que o fantasma de Yamashita ganhasse nova vida, na medida em que, apesar da norma afirmar que: “2 - O facto de uma infracção às Convenções ou ao presente Protocolo ter sido cometida por um subordinado não isenta os seus superiores da sua responsabilidade penal ou disciplinar, consoante o caso, se sabiam ou possuíam informações que permitissem concluir, nas circunstâncias do momento, que aquele subordinado cometia ou ia cometer tal infracção e não

¹²⁰ VII Law Reports of Trails of war Criminals, 70.

¹²¹ XII Law Reports of Trails of war Criminals, 76.

¹²² The Tokyo War Crimes Trail, The International Military Tribunal for the Far East. Judgment, official transcripts, Annex A-6, reprinted, Volume 20 (1981), 48, 444-448.



haviām tomado todas as medidas praticamente possíveis dentro dos seus poderes para impedir ou reprimir essa infracção”, as dificuldades de tradução colocadas por ambas as versões em inglês e francês e o confuso comentário do ICRC acabariam por deixar tudo na mesma.¹²³

No início dos anos 90 do século XX teve início uma nova era com a doutrina desenvolvida pelos tribunais *ad hoc*, no sentido de tentar enterrar definitivamente o fantasma do General Yamashita. Ocorreram dois fortes sinais dessa mesma tentativa. O primeiro, com o relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas, a que já nos referimos no princípio deste Capítulo, onde se exara que “... quando um comandante é responsabilizado pela sua falha em evitar um crime ou por falhar em dissuadir o comportamento ilegal dos seus subordinados, esta é uma forma de responsabilidade imputada ou negligência criminal (tradução do autor)”.¹²⁴

O segundo foi o relatório final da comissão de peritos das Nações Unidas que recomendou que “...o elemento mental necessário quando o comandante não emitiu uma ordem para a execução do crime é (a) o conhecimento actual; (b) séria e falha pessoal por parte do comandante que constitua um intencional desprezo pelas consequências, ou (c) uma imputação do conhecimento construído, isto é, apesar de declarações em contrário, o comandante, naquelas circunstâncias em particular, deveria ter tido conhecimento dos crimes (tradução do autor)”.¹²⁵

¹²³ Para mais detalhes, consultar Jenny S. Martinez, *Understand Mens Rea in Command Responsibility*, p. 653-654.

¹²⁴ Report of the Secretary-General pursuant to § 2 of Security Council Resolution 808, UN Doc. S/25704, § 56 (1993).

¹²⁵ Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), UN Doc. S/1994/674, 27th May 1994. Na parte deste relatório designada por “Applicable Law II, D” pode ler-se o seguinte: “... It is the view of the Commission that the mental element necessary when the commander has not given the offending order is (a) actual knowledge, (b) such serious personal dereliction on the part of the commander as to constitute wilful and wanton disregard of the possible consequences, or (c) an imputation of constructive knowledge, that is, despite pleas to the contrary, the commander, under the facts and circumstances of the particular case, must have known of the offences charged and acquiesced therein. To determine whether or not a commander must have known about the acts of his subordinates, one might consider a number of indices, including: (a) The number of illegal acts, (b) The type of illegal acts, (c) The scope of illegal acts, (d) The time during which the illegal acts occurred, (e) The number and type of troops involved, (f) The logistics involved, if any, (g) The geographical location of the acts, (h) The widespread occurrence of the acts, (i) The tactical tempo of operations, (j) The modus operandi of similar illegal acts, (k) the officers and staff involved, (l) the location of the commander at the time. The military commander is not absolutely responsible for all offences committed by his subordinates. Isolated offences may be committed of which he has no knowledge or control whatsoever. As a fundamental aspect of command, however, a commander does have a duty to control his troops and to take all practicable measures to ensure that they comply with the law. The arguments that a commander has a weak personality or that the troops assigned to him are uncontrollable are invalid. In particular, a military commander who is assigned command and control over armed combatant groups who have engaged in war crimes in the past should refrain from employing such groups in combat, until they clearly demonstrate their intention and capability to comply with the law in the future. Thus, a commander has



O primeiro julgamento nos Tribunais *ad hoc* que se referiu em concreto a esta matéria foi o julgamento do caso Jean-Paul Akayesu em 1998. A Câmara de Julgamento, apesar de ter condenado Akayesu nos termos do artigo 6º do Estatuto do ICTR, isto é, por responsabilidade criminal individual e não por responsabilidade de comando, afirmou o seguinte: “responsabilidade de comando deriva do princípio da responsabilidade criminal individual e a intenção criminosa é um elemento subjectivo necessário para a determinação dessa responsabilidade... é por certo necessário assegurar que houve uma intenção maliciosa, ou, pelo menos negligência de tal maneira séria, cujo efeito seria quase o mesmo como que se tivesse existido intenção maliciosa (tradução do autor)”.¹²⁶

O primeiro julgamento nos Tribunais *ad hoc* sobre a questão do nº. 3 do artigo 7º do Estatuto do ICTY foi o caso Zejnil Delalić.¹²⁷ Vejamos o seguinte quadro:

Delalic, Trial Judgment, 16th November 1998

§379. The Prosecution asserts that the requisite *mens rea* under Article 7°(3) may be established as follows:

- (1) **Actual knowledge** established through direct evidence; or
- (2) **Actual knowledge** established through circumstantial evidence, with a presumption of knowledge where the crimes of subordinates are a matter of public notoriety, are numerous, occur over a prolonged period, or in a wide geographical area; or
- (3) **Wanton disregard of, or failure to obtain, information** of a general nature within the reasonable access of a commander indicating the likelihood of actual or prospective criminal conduct on the part of his subordinates.

a duty to do everything reasonable and practicable to prevent violations of the law. Failure to carry out such a duty carries with it responsibility (sublinhados nossos)”. [Em linha] [Acesso em 28 de Dezembro de 2009]. <http://www.his.com/~twarrick/commxyu3.htm#II.D>.

¹²⁶ Jean-Paul Akayesu ICTR-96-4-T, Judgement, 2nd September 1998, §489.

¹²⁷ <http://www.icty.org/cases/party/675/4> Mucić et al. (IT-96-21) Čelebići Camp.



A jurisprudência do caso pode considerar-se um excelente passo em frente do ponto de vista doutrinário, porquanto reconheceu que a responsabilidade pode ser estabelecida a partir de uma relação de subordinação de jure ou de facto e reconheceu ainda que este tipo de responsabilidade aproveita a militares e a civis exercendo funções do tipo hierárquico.¹²⁸ Para além destas duas importantes noções, nesta decisão o Tribunal afirmou o seguinte: “o conhecimento actual pode ser demonstrado por provas directas¹²⁹ ou pode ser estabelecido por provas circunstanciais. Relativamente a este assunto, a instância de julgamento indicou os factores já mencionados pela comissão de peritos das Nações Unidas, através dos quais se podem avaliar se as circunstâncias apontam para que o arguido (comandante ou superior hierárquico) tivesse de facto conhecimento (tradução do autor)”.¹³⁰ Todavia, esta primeira instância de julgamento teve alguma dificuldade em explicar aquilo que consideramos essencial, isto é, a linguagem do Estatuto a que se refere o n.º 3 do artigo 7º “had reason to know/tinha motivos para saber”. Mesmo assim, adiantou que “ao superior não é permitido ignorar propositadamente os actos dos seus subordinados”.¹³¹ Para além deste facto, a mesma

¹²⁸ Prosecutor V. Zejnil Delalić, Zdravko Mucic also known as "Pavo", Hazim Delic Esad Landzo also known as "Zenga", Judgement of: 16th November 1998, §363. "Thus, it must be concluded that the applicability of the principle of superior responsibility in Article 7º(3) extends not only to military commanders but also to individuals in non-military positions of superior authority." §378. "Accordingly, it is the Trial Chamber's view that, in order for the principle of superior responsibility to be applicable, it is necessary that the superior have effective control over the persons committing the underlying violations of international humanitarian law, in the sense of having the material ability to prevent and punish the commission of these offences. With the caveat that such authority can have a de facto as well as a de jure character, the Trial Chamber accordingly shares the view expressed by the International Law Commission that the doctrine of superior responsibility extends to civilian superiors only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates which is similar to that of military commanders".

¹²⁹ Documentais (relatórios de exumação, de autópsias, relatórios de forças de manutenção de paz, etc.); testemunhais (militares pertencentes às forças de paz, pessoal civil das ONG, agentes da comunicação social, civis envolvidos no conflito armado, etc.) e periciais (interpretação de comunicações, perícias sobre procedimentos, etc.).

¹³⁰ Prosecutor V. Zejnil Delalić, Zdravko Mucic also known as "Pavo", Hazim Delic Esad Landzo also known as "Zenga", Judgement of: 16th November 1998, §386. "It is, accordingly, the Trial Chamber's view that, in the absence of direct evidence of the superior's knowledge of the offences committed by his subordinates, such knowledge cannot be presumed, but must be established by way of circumstantial evidence. In determining whether a superior, despite pleas to the contrary, in fact must have possessed the requisite knowledge, the Trial Chamber may consider, inter alia, the following indicia, listed by the Commission of Experts in its Final Report: (a) The number of illegal acts;(b) The type of illegal acts;(c) The scope of illegal acts;(d) The time during which the illegal acts occurred;(e) The number and type of troops involved;(f) The logistics involved, if any;(g) The geographical location of the acts;(h) The widespread occurrence of the acts;(i) The tactical tempo of operations;(j) The modus operandi of similar illegal acts;(k) The officers and staff involved;(l) The location of the commander at the time."

¹³¹ Prosecutor V. Zejnil Delalić, Zdravko Mucic also known as "Pavo", Hazim Delic Esad Landzo also known as "Zenga", Judgement of: 16th November 1998, §387 "Regarding the mental standard of "had reason to know", the Trial Chamber takes as its point of departure the principle that a superior is not permitted to remain wilfully blind to the acts of his subordinates. There can be no doubt that a superior who simply ignores information within his actual possession compelling the conclusion that criminal offences are being committed, or are about to be committed, by his subordinates commits a most serious dereliction of duty for



instância acrescentou que: “não há dúvida de que o superior que simplesmente ignora a informação que lhe é disponibilizada sobre os actos dos seus subordinados... pode ser criminalmente responsável... mas, pelo contrário, é incerta a atribuição da responsabilidade nas situações em que em que o superior carece de informação, devido à sua falha de controlo dos seus subordinados”.¹³² Nos §388 e seguintes, o Tribunal refere um conjunto de casos em que a jurisprudência parece indicar a existência de um dever dos comandantes em se manterem informados sobre as actividades dos seus subordinados, no sentido em que, não sendo possível determinar o seu conhecimento dos factos, estes devem ser responsabilizados pela sua falta em se manterem informados.¹³³ Entre os diversos casos citados, estão os casos “Hostages”, Almirante Toyoda, Pohl e, ainda, o caso Roehling (§389)¹³⁴. Todavia, no §391 a interpretação que faz do artigo 86º do Protocolo Adicional I, vai no sentido de não estender o elemento mental a situações onde o comandante deveria ter tido conhecimento das actividades criminais dos seus subordinados¹³⁵, sem deixar de referir as dificuldades de tradução que já indicámos relativas a este artigo 86º.¹³⁶ O Tribunal optou assim¹³⁷, em primeira instância, pelo

which he may be held criminally responsible under the doctrine of superior responsibility. Instead, uncertainty arises in relation to situations where the superior lacks such information by virtue of his failure to properly supervise his subordinates”.

¹³² Prosecutor V. Zejnir Delalić, Zdravko Mucic also known as “Pavo”, Hazim Delic Esad Landzo also known as “Zenga”, Judgement of: 16th November 1998, §387 “... There can be no doubt that a superior who simply ignores information within his actual possession compelling the conclusion that criminal offences are being committed, or are about to be committed, by his subordinates commits a most serious dereliction of duty for which he may be held criminally responsible under the doctrine of superior responsibility...”.

¹³³ Na expressão original do Tribunal: “at fault in having failed to acquire such knowledge”.

¹³⁴ Para mais detalhes consultar <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm> (§389).

¹³⁵ §391. “Article 86º underwent considerable change during the drafting of the Protocol, and the Trial Chamber notes that the drafters explicitly rejected the proposed inclusion of a mental standard according to which a superior would be criminally liable for the acts of his subordinates in situations where he should have had knowledge concerning their activities. Thus, not only was the proposed ICRC draft, according to which superiors would be held responsible for the illegal acts of a subordinate “if they knew or should have known that he was committing or would commit such a breach and if they did not take measures within their power to prevent or repress the breach”, rejected, but an amended version put forward by the United States employing the formulation “if they knew or should reasonably have known in the circumstances at the time” was also not accepted”.

¹³⁶ §392. “When considering the language of this provision as finally adopted, problems of interpretation arise if the English and French texts are compared. While the English text contains the wording “information which should have enabled them to conclude”, the French version, rather than the literal translation “des information qui auraient dû leur permettre de conclure”, is rendered “des information leur permettant de conclure” (literally: information enabling them to conclude). The proposition has been made that this discrepancy amounts to a distinction between the English text, which is said to embrace two requirements, one objective (that the superior had certain information) and one subjective (from this information available to the superior he should have drawn certain conclusions), and the French text containing only the objective element. The Trial Chamber notes, however, that this discrepancy in language was considered during the drafting of the Protocol, when it was expressly declared by delegates that the difference was not to be considered one of substance.

¹³⁷ §393. An interpretation of the terms of this provision in accordance with their ordinary meaning thus leads to the conclusion, confirmed by the travaux préparatoires, that a superior can be held criminally responsible only if some specific information was in fact available to him which would provide notice of offences committed by his subordinates. This information need not be such that it by itself was sufficient to compel the conclusion of the existence of such crimes. It is sufficient that the superior was put on



princípio de que um comandante ou superior hierárquico pode apenas ser responsabilizado, na perspectiva da responsabilidade de comando se, e apenas se, alguma informação específica lhe foi disponibilizada, sobre as actividades dos seus subordinados. O Tribunal acrescentou ainda que essa informação disponibilizada não se requer que seja suficiente para concluir sobre a existência dos crimes praticados pelos seus subordinados, mas basta que indique a necessidade de investigação adicional. A instância de recurso do caso Zejnil Delalić¹³⁸ concordou com a posição do Tribunal de primeira instância, designadamente no que respeita ao “deveria ter tido conhecimento”, rejeitando a existência de um dever jurídico de procura da informação sobre as actividades dos seus subordinados, rejeitando também a tese da responsabilidade estrita ou imputável e sublinhando que a responsabilidade de comando não é uma responsabilidade pela participação (vicarious liability).

Mas a razão pela qual o fantasma de Yamashita sobreviveu e, em parte ainda hoje, sobrevive, veio a revelar-se com o caso Tihomir Blaškić¹³⁹ no momento em que o Tribunal, ao se expressar dissidentemente da instância de recurso do caso Zejnil Delalić, afirmou o seguinte: “tomando em consideração a posição particular do arguido e as circunstâncias do momento, tal ignorância não pode ser considerada uma defesa, uma vez que a ausência de conhecimento resulta da negligência do exercício dos seus deveres enquanto comandante... o General Blaškić não executou os seus deveres com a necessária¹⁴⁰ e razoável diligência”¹⁴¹, deve por isso, ser responsabilizado criminalmente.

O elemento subjectivo é um aspecto muito importante de qualquer estudo sobre a responsabilidade de comando. Assim, a figura seguinte procura não só organizar as ideias principais deste tópico, como também sintetizá-las no estudo do artigo 28º do Estatuto do

further inquiry by the information, or, in other words, that it indicated the need for additional investigation in order to ascertain whether offences were being committed or about to be committed by his subordinates. This standard, which must be considered to reflect the position of customary law at the time of the offences alleged in the Indictment, is accordingly controlling for the construction of the mens rea standard established in Article 7(3).

¹³⁸ Em 20 de Fevereiro de 2001, §239 e 241.

¹³⁹ [Em Linha] [Acesso em 21 de Março de 2008]. [http://www.icty.org/cases/party/667/4 - Blaškić \(IT-95-14\) Lašva Valley](http://www.icty.org/cases/party/667/4 - Blaškić (IT-95-14) Lašva Valley).

¹⁴⁰ William A. Schabas, *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, p. 1028 (HeinOnline, 37 New Eng Law Review 2002-2003): “The whole concept of superior responsibility is built upon the premise that those who assumed command positions must conduct themselves diligently and with proper respect for the dangerous weapons and life-threatening individuals over which they have control”.

¹⁴¹ Tihomir Blaškić Trial Judgment, §332 e §733.



Tribunal Penal Internacional. Como podemos observar, os critérios de determinação do conhecimento do superior sobre os factos praticados pelo subordinado estão organizados em duas grandes áreas: o conhecimento real ou efectivo e o conhecimento presumido, reconstruído ou inferido.

No primeiro caso, a determinação do conhecimento baseia-se em elementos de prova que relacionam directamente o comandante ou o superior hierárquico com a existência dos factos, designadamente através de relatórios verbais ou escritos, briefings, inspecções, memorandos, estudos ou investigações, informações escritas ou verbais, queixas, etc. Este relacionamento permite concluir que o comandante sabia da prática dos factos pelo seu subordinado. Entendemos aqui por “conhecer” a circunstância definida no Capítulo 2 em que se possibilita aos comandantes e aos Estados-Maiors, não só identificar e relacionar factos, como também deduzir intenções e prever acções futuras, e ainda identificar o que não conhecem e precisam conhecer, isto é, conhecer é um exercício de auto-determinação pessoal e valorativa sobre factos apropriados pelo sujeito.

Na segunda área, o conhecimento presumido, reconstruído ou inferido define-se como aquele em que não foi possível estabelecer claramente (quer por demonstração, quer por prova conformadora de uma convicção) o exercício de auto-determinação pessoal e valorativa sobre factos apropriados pelo sujeito, relativamente ao comportamento do seu subordinado, isto é, o conhecimento real ou efectivo não pode ser estabelecido. Isto significa que, na realidade, o comandante ou superior hierárquico não sabia? Acreditamos que não. Significa apenas que, a existir, esse conhecimento tem de ser inferido através de prova circunstancial, isto é, naquelas circunstâncias específicas do momento, o comandante militar ou o superior hierárquico deveria ter tido conhecimento ou, de outro modo, seria muito improvável que não soubesse, pelo que esse conhecimento pode ser reconstruído, presumido ou inferido através de critérios. Estes critérios funcionam como um padrão de aproximação e de formação da convicção sobre o elemento subjectivo. E, é precisamente neste ponto, que o fantasma de Yamashita sobrevive ainda no presente. Vejamos bem porquê.



Estes critérios (ver nota de rodapé n.º 125) que, como dissemos, funcionam como um padrão de aproximação ao elemento cognitivo, têm a sua origem na problemática referida pelo Major Kerr durante o julgamento do General Yamashita: "... as atrocidades foram tão notórias, tão evidentes e de tal dimensão... envolvendo actos de tal desumanidade e bestialidade, que devem ter sido do conhecimento do arguido, se este fez um esforço mínimo para assumir as suas responsabilidades como comandante; e se o arguido não sabia destes factos, notórios, espalhados por uma vasta área e que tiveram lugar repetidamente, foi simplesmente porque decidiu deles não tomar conhecimento (tradução e adaptação do autor)".¹⁴² Estas palavras acusatórias foram reforçadas pelo General Reynolds¹⁴³ nos seguintes termos: "É absurdo considerar um comandante assassino ou violador, só por que os seus soldados assassinaram e violaram. Todavia, quando assassinio e violação são vícios, actos de vingança, ofensas comuns e não há qualquer tentativa do comandante em descobrir e controlar estes actos criminais, tal comandante pode ser responsabilizado, até mesmo criminalmente, pelos actos ilegais dos seus subordinados, consoante a natureza das circunstâncias em que se inserem (tradução do autor)".¹⁴⁴ Ainda no caso Yamashita, o Coronel Chas Young, ao rever os argumentos da defesa para apoiar a decisão do recurso, escreveu o seguinte: "É impossível escapar à conclusão que Yamashita sabia ou tinha meios para saber das atrocidades que foram praticadas por todo lado... o arguido falhou em se manter informado... sobre aquilo que era de conhecimento geral... (tradução do autor)".¹⁴⁵

L. Lael recorda que o General foi condenado sem que se tivesse provado que tinha cometido qualquer crime, que tenha dado ordens nesse sentido ou sequer que tenha tido conhecimento dos crimes praticados pelos seus subordinados.¹⁴⁶ Isto é, o fantasma do General Yamashita sobrevive, subsiste ainda numa problemática que confronta duas posições diferentes. Isto é, assumindo que o conhecimento de um comandante pode ser reconstruído ou presumido, deve este mesmo comandante ser sempre responsabilizado pelos crimes dos seus

¹⁴² Richard Lael, *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*, p. 83 quoting Judgment Transcript p. 100.

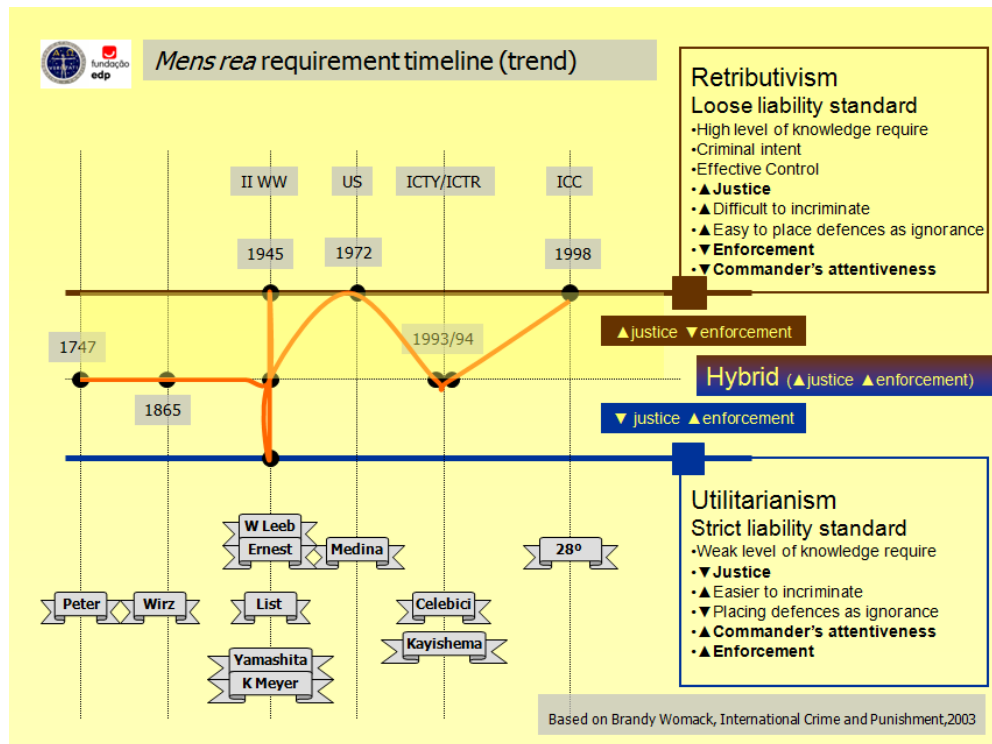
¹⁴³ Major-General Russell Burton Reynolds presidiu à Comissão Militar que julgou o General Japonês Yamashita.

¹⁴⁴ Richard Lael, *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*, p. 95.

¹⁴⁵ Richard Lael, *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*, p. 98.

¹⁴⁶ Richard Lael, *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*, p. 111.

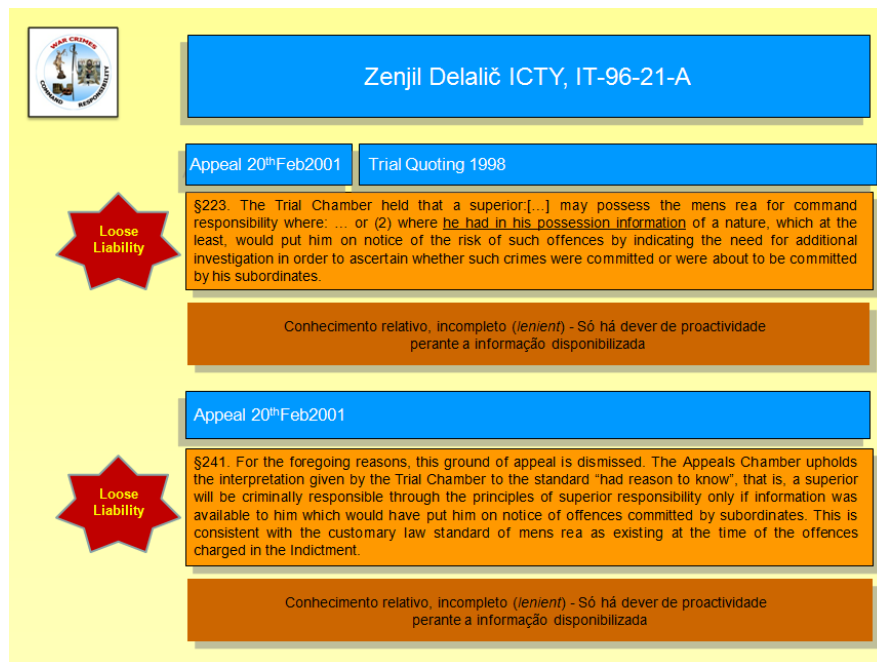
subordinados, ainda que deles não conheça, com base na falha do seu dever de controlo, ou por outro lado, o comandante deve ser apenas responsabilizado se e quando não considera a informação que lhe foi disponibilizada. Se considerarmos que, no primeiro caso, estamos perante um conhecimento reconstruído em sentido absoluto (que dá origem à designada *strict liability*) e que, no segundo caso, poderemos considerar um conhecimento reconstruído em sentido relativo (que dá origem à designada *loose liability*), a figura seguinte oferece uma perspectiva do confronto entre os diferentes casos, segundo o pensamento de Brandy Womack (esquematização do autor):



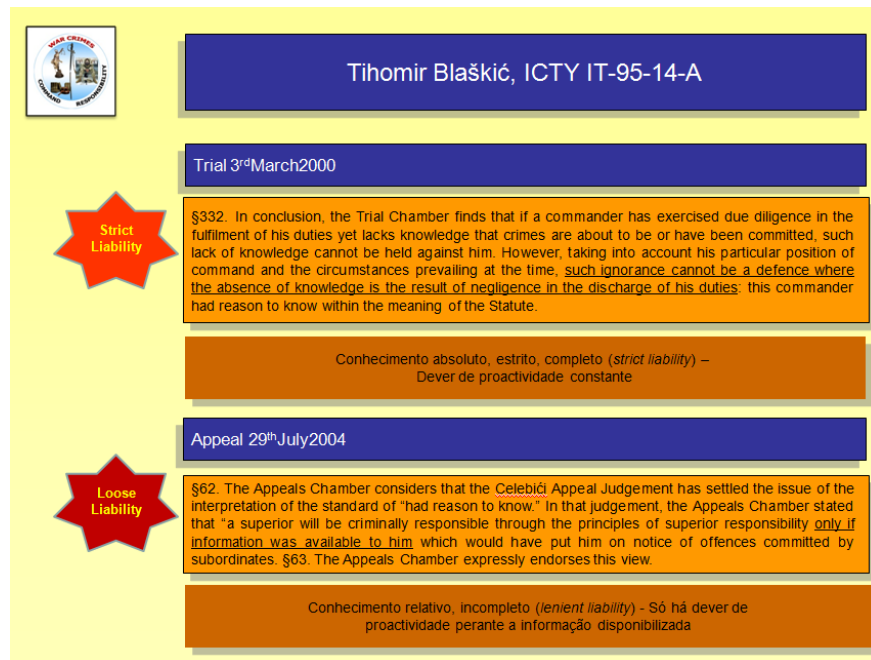
O destaque vai precisamente para 1969-1972, para o caso *My Lai*, onde a presença física do Capitão Medina, superior hierárquico do Tenente Calley, a sua observação dos cadáveres e a sua localização nas proximidades dos autores dos disparos, não poderia ser assumida como conhecimento dos crimes cometidos pelos seus subordinados. Em 1972, o colectivo afirmou que apenas a prova do seu conhecimento directo dos crimes poderia levar à sua responsabilização.¹⁴⁷ Quando esta declaração se constituiu jurisprudência nacional dos EUA, o mesmo Estado que julgou o General Yamashita, este deve ter-se mexido na sua

¹⁴⁷ Richard Lael, *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*, p. 131.

sepultura, nesse mesmo momento, uma vez que durante o seu julgamento não ficou provado que o arguido tinha conhecimento directo dos crimes dos seus subordinados. Esta dinâmica da determinação do conhecimento reconstruído chegou até aos nossos dias, como já referimos neste Capítulo. O caso *Zenjić Delalić (Čelebići)*¹⁴⁸, que já mencionamos, aproximou-se da tese do conhecimento reconstruído em sentido relativo e o caso *Tihomir Blaškić* oscilou entre ambas as posições, como procuram demonstrar as figuras seguintes:



¹⁴⁸ Prosecutor V. Zejnil Delalić, Zdravko Mucic also known as "Pavo", Hazim Delic Esad Landzo also known as "Zenga", Appeal 2001, §238. "Contrary to the Prosecution's submission, the Trial Chamber did not hold that a superior needs to have information on subordinate offences in his actual possession for the purpose of ascribing criminal liability under the principle of command responsibility. A showing that a superior had some general information in his possession, which would put him on notice of possible unlawful acts by his subordinates, would be sufficient to prove that he had reason to know". The ICRC Commentary (Additional Protocol I) refers to "reports addressed to (the superior), [...] the tactical situation, the level of training and instruction of subordinate officers and their troops, and their character traits as potentially constituting the information referred to in Article 86(2) of Additional Protocol I. As to the form of the information available to him, it may be written or oral, and does not need to have the form of specific reports submitted pursuant to a monitoring system. This information does not need to provide specific information about unlawful acts committed or about to be committed. For instance, a military commander who has received information that some of the soldiers under his command have a violent or unstable character, or have been drinking prior to being sent on a mission, may be considered as having the required knowledge (sublinhados nossos)".



Todavia, importa afirmar que nos Tribunais *ad hoc* esta tese defendida em Čelebići (Delalić)¹⁴⁹ é aquela que mais vezes foi aplicada (por exemplo, em Kordić e Čerkez). Nesta mesma perspectiva, interessa referir o caso em que o comandante quer permanecer ignorante sobre os factos ou, por outras palavras, quer deliberadamente permanecer sem o conhecimentos dos factos para os quais tinha todos os indicadores que lhe permitiram vir a saber, mas este querer em não conhecer baseia-se no facto do comandante procurar negar o seu próprio conhecimento. Este é o designado conceito de “wilful blindness” que traduziremos por “ignorância propositada”, cuja instância de recurso no caso Aleksovski¹⁵⁰ fez equivaler a conhecimento directo, para efeitos de responsabilidade de comando. Glanville Williams

¹⁴⁹ Prosecutor V. Zejnil Delalić, Zdravko Mucic also known as "Pavo", Hazim Delic Esad Landzo also known as "Zenga", Appeal 2001, §241. “For the foregoing reasons, this ground of appeal is dismissed. The Appeals Chamber upholds the interpretation given by the Trial Chamber to the standard “had reason to know”, that is, a superior will be criminally responsible through the principles of superior responsibility only if information was available to him which would have put him on notice of offences committed by subordinates. This is consistent with the customary law standard of mens rea as existing at the time of the offences charged in the Indictment (sublinhados do nossos)”.

¹⁵⁰ Appeals Chamber, 30th May 2001, §43: “The prosecution’s submission that wilful blindness as to the existence of the order is sufficient is based upon the common law’s acceptance of such a state of mind (also called deliberate ignorance) as being equally culpable as actual knowledge of the particular fact in question in certain areas of the criminal law. It is accepted, for example, in relation to charges of possession of a prohibited substance (where the defendant must be shown to have knowledge that the substance is a prohibited one), and charges of murder based upon the act of the defendant with knowledge that death or grievous bodily harm will probably result from that act. Proof of knowledge of the existence of the relevant fact is accepted in such cases where it is established that the defendant suspected that the fact existed (or was aware that its existence was highly probable) but refrained from finding out whether it did exist because he wanted to be able to deny knowledge of it (or he just did not want to find out that it did exist). In some cases, it has been suggested that such a state of mind is capable of giving rise to the inference of actual knowledge, but in most cases it is merely said to be sufficient to prove knowledge”.



afirmou que “a regra pela qual se dá equivalência entre «ignorância propositada» e «conhecimento» é essencial e pode ser encontrada no direito internacional penal. É, ao mesmo tempo, uma regra através da qual os magistrados tendem a esquecer o seu âmbito limitado. Um tribunal pode apenas aplicar esta figura quando quase se puder afirmar que o arguido sabia. Isto é, suspeitava, sabia da grande probabilidade da sua existência, mas constringiu-se a não obter informação, porque tinha a intenção de negar o seu conhecimento... é efectivamente necessário provar que o arguido teve intenção de falsear a administração da justiça (tradução do autor)”.¹⁵¹

Assim, importa considerar as soluções consagradas pelo Estatuto de Roma relativamente ao artigo 28º, apesar deste artigo dever ser estudado em conjugação com o artigo 30º (tal estudo é apresentado no ponto seguinte). O quadro seguinte mostra que as soluções encontradas para o elemento subjectivo relativo à responsabilidade de comando, resultam do processo histórico da própria evolução do conceito e incorporam uma versão eclética das diversas questões que se colocaram ao longo dos tempos:

	Caso	Evolução do Elemento Subjectivo
US	Yamashita	"Acções em larga escala, graves, extensas e continuadas... deveria ter sabido."
Nuremberga	Hostages	"O comandante tem o dever de se manter informado."
	High Command	"Falha em se manter informado."
PA I	Artigo 86º, n.º 2	"Sabia... possuía informação que permitia concluir".
SG	Report, 1993	"Negligência criminal..."
UN	Commission of experts, 1994	"Conhecimento actual... falha pessoal... imputação do conhecimento construído".
ICTR	Artigo 6º, n.º 3	"Sabia ou tinha motivos para saber/knew or had a reason to know".
	Jean-Paul Akayesu	"Intenção criminosa... pelo menos negligência".
ICTY	Artigo 7º, n.º 3	"Sabia ou tinha motivos para saber/knew or had a reason to know".
	Zejnir Delalić	"Militares e civis... possuidores de relações hierárquicas".
	Tihomir Blaškić	"A ausência de conhecimento resulta da negligência".
Estatuto de Roma	Artigo 28º a) i) (Comandantes)	... tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento... knew or should have known...
	Artigo 28º b) i) (Todos os outros superiores)	... teve conhecimento ou não teve em consideração a informação... knew or consciously disregarded information...

¹⁵¹ William A. Schabas, *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, p. 1029.

O resultado dessa evolução acabou por consagrar, segundo o nosso ponto de vista, dois standards de conhecimento. O primeiro ligado ao conceito moderno de comando e o segundo relacionado com o conceito de chefia. Entre eles surge uma importante diferença: para o comandante militar espera-se uma especial diligência em se manter informado sobre todas as actividades dos seus subordinados, para os outros superiores hierárquicos, espera-se apenas que considerem a informação que lhe é disponibilizada, informação essa que apenas deve dizer respeito às actividades sobre a sua responsabilidade.

Importa ainda, a propósito do artigo 28º Estatuto de Roma, estudar a aplicação dos elementos subjectivos, aos diferentes deveres inseridos nos seus elementos materiais, em especial focando a conduta omissiva do comandante ou superior hierárquico. O quadro seguinte procura dar uma ideia desta relação, destacando-se o facto da violação ao primeiro dever (não exercer o controlo apropriado) ser sempre uma violação dolosa e a violação dos segundo e terceiro deveres (impedir ou reprimir e levar ao conhecimento), poderem ser crimes negligentes:

Elementos Subjectivos do artigo 28º do Estatuto do TPI

		28º a) "Dever 1"	28º a) ii) "Dever 2"	28º b) iii) "Dever 2"	28º a) ii) e b) iii) "Dever 3"	
Elemento Volitivo	Dolo	Directo	X			
		Necessário	X			
	Negligência	Grosseira		X	X	X
		Inconsciente		X	X	XX
Elemento Subjectivo						
Elemento Cognitivo	"tinha conhecimento"	Conhecimento real	X	X	X	X
		"Blind eye"	X			
	"deveria ter conhecimento"	Não era possível que não conhecesse		X		X
		Deve manter-se informado		X		X
	"não teve em consideração"			X		X

* Dá origem à designada "Strict liability"

** Dá origem à designada "Loose liability"



A violação do dever 1 segue o regime do artigo 30º, como explicaremos no ponto seguinte, enquanto a violação dos restantes deveres segue um regime especial. Uma vez mais, destaca-se, em particular, o entendimento relativo ao elemento cognitivo para os outros superiores hierárquicos, onde se estabelece um regime muito mais restritivo, uma vez que este se baseia apenas na informação efectivamente disponibilizada. Ao contrário, sobre os comandantes militares nos termos da alínea a) do artigo 28º, pesa um forte ónus em se manterem informados, sendo deste modo, muito mais difícil mostrar que não estava preenchido o elemento cognitivo. Finalmente, uma referência ao conceito de negligência grosseira/consciente que, como já afirmamos no Capítulo 3, funciona aqui quase no sentido da “recklessness” e que portanto, se situa perto do conceito de dolo eventual, em que o agente não quer o resultado, conhece as circunstâncias e aceita um risco injustificável de que o resultado não se vai produzir.

5.2.3.1. As excepções ao regime geral do artigo 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional - o “otherwise provided”

*“Dilution of the mens rea standard in the case of prosecutions
that rely upon superior responsibility or joint criminal
enterprises...”*

William A. Schabas¹⁵²

Na parte final do Capítulo 3, aquando do estudo da jurisprudência dos Tribunais ad hoc e as soluções do artigo 30º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, afirmámos que, apesar de não estarem previstos elementos mentais a aplicar a cada um dos crimes previstos nos seus Estatutos, os juízes parecem ter tratado o mens rea como um elemento essencial da tipologia criminal sob a sua jurisdição, através da aplicação de todas as categorias do dolo, tal como já haviam feito os seus colegas imediatamente após a II Guerra Mundial. Nessa altura, chamamos à atenção as excepções relativas ao crime previsto no n.º 3

¹⁵² *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, p. 1033.

do artigo 7º relativa a responsabilidade do superior e a prevista no n.º 1 do mesmo artigo 7º, relativa à joint criminal enterprise.

Dissemos também nesse mesmo Capítulo 3 que o artigo 30º do Estatuto do TPI é a primeira norma expressa sobre a questão do elemento subjectivo dos crimes internacionais, e que essa mesma norma não só excluía os crimes praticados com negligência (n.º 1 do artigo 30º), como também colocava de parte os actos típicos praticados com dolo eventual (alínea b) do n.º 2 do artigo 30º), embora mantendo a porta aberta a outros regimes do elemento subjectivo. Para além deste facto, referimos ainda que o artigo 30º, apesar da sua epígrafe referir “elementos psicológicos” ou “mental elements”, define com precisão os elementos materiais sobre os quais se devem aplicar os elementos mentais. Recordemos o que então ficou dito através da figura seguinte:

Actus Reus – Elementos objectivos – O artigo 30º		
Liability exists only if the <u>material elements</u> are committed with <u>intent</u> (vontade) and <u>knowledge</u> (conhecimento)		
Material elements	A person has <u>intent</u> where	<u>Knowledge</u>
Conduct	Means to engage in the conduct (quer realizar)	-
Consequence	Means to cause that consequence (quer causar) or is aware that it will occur in the ordinary course of events (sabe que essa consequência terá lugar em condições normais).	A consequence will occur in the ordinary course of events
Circumstance	-	Exists or 

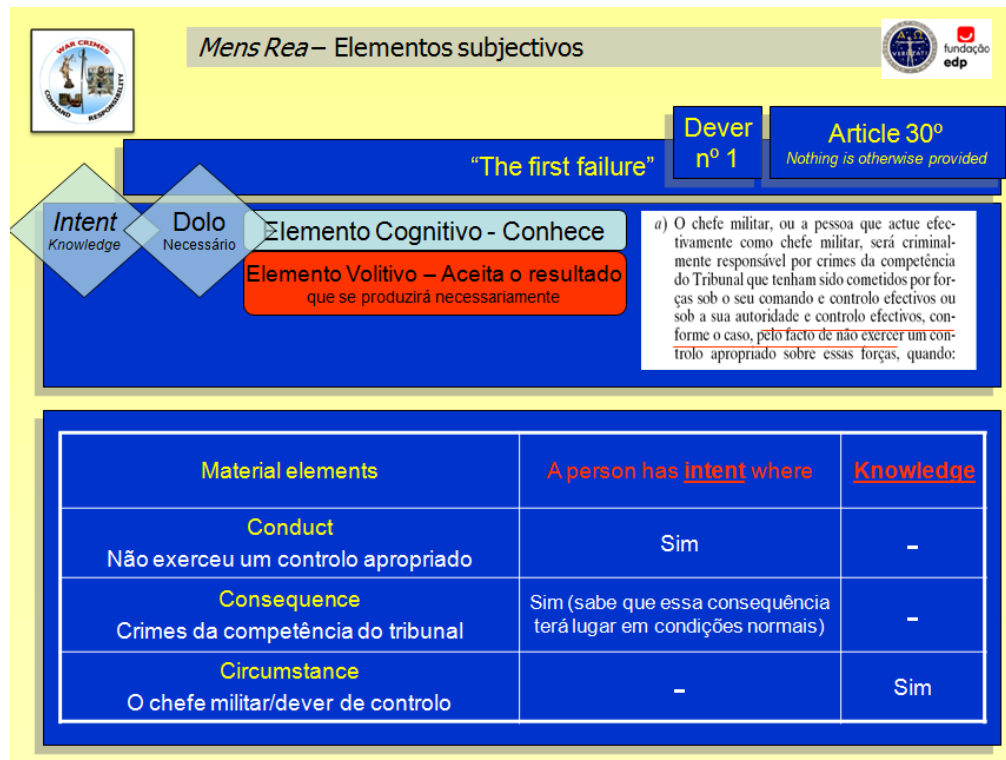
Existem apenas dois tipos de situações, em Direito internacional Criminal, nas quais um indivíduo pode ser condenado por um crime, para o qual o agente não possuía no seu elemento subjectivo o dolo (no sentido das categorias mentais que denotam intenção, enumeradas no Capítulo 3): a primeira está regulada nos Estatutos dos Tribunais ad hoc e no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, isto é, a responsabilidade de comando, figura que



permite responsabilizar o superior hierárquico quando um crime é cometido por um subordinado, desde que esse superior soubesse ou tivesse motivos para saber/devesse ter tido conhecimento que esse seu subordinado estava a cometer um crime da jurisdição do Estatuto; a segunda, tal como explica William A. Schabas¹⁵³, foi inventada pelos juízes e traduz-se numa forma de participação baptizada como joint criminal enterprise que, entre nós, temos vindo a traduzir por “associação criminosa”.

Concentremo-nos na primeira situação, sem perder de vista a segunda e apliquemos de forma concreta a versão original do artigo 30º à letra do artigo 28º. Como evidência a figura anterior, o n.º 1 do artigo 30º indica que os crimes do Estatuto são responsabilizáveis e puníveis se os seus elementos materiais foram cometidos com vontade e conhecimento. Por vontade, define o n.º 2, deve entender-se que um agente em relação a uma conduta quer adoptá-la e em relação a uma consequência quer causá-la ou está consciente que esta ocorrerá no decurso normal dos acontecimentos. Por conhecimento, deve entender-se consciência de que existe uma circunstância ou que uma consequência ocorrerá no decurso normal dos acontecimentos.

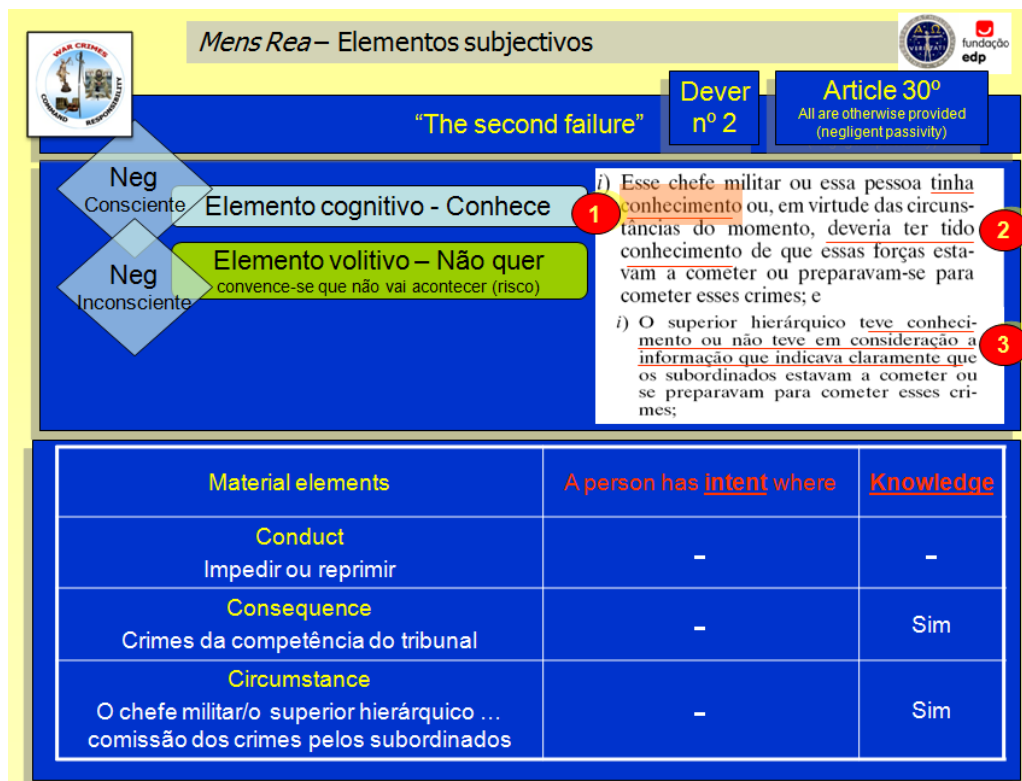
¹⁵³ William A. Schabas, *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, p. 1025 (HeinOnline, 37 New Eng Law Review, 2002-2003).



Na figura anterior descrevemos a aplicação do artigo 30° à alínea a) ao artigo 28°, podendo notar-se que, relativamente ao primeiro dever de exercer um controlo apropriado, não foi previsto qualquer regime excepcional (nada foi otherwise provided) aplicando-se por isso o regime do artigo 30°, isto é, esta primeira violação requer vontade e conhecimento nos termos descritos. Isto é, o superior deve omitir intencionalmente (na perspectiva do artigo 30° a prática do seu dever de exercer o controlo apropriado no sentido de conscientemente se manter passivo apesar de conhecer as bases factuais da sua obrigação. O superior deve conhecer os factos que estabelecem a sua posição de facto ou de direito, mas não necessita de concluir em concreto sobre os seus deveres jurídicos.¹⁵⁴ Assim, a violação do primeiro dever do superior hierárquico tem que ser cometida com dolo (no sentido do artigo 30°), uma vez que este sabe que esse comportamento omissivo terá como consequência necessária a comissão de crimes da jurisdição do Estatuto. O superior deve omitir intencionalmente de prover aos seus deveres no sentido de se manter conscientemente passivo, apesar de saber dos factos que o colocam na obrigação de controlo. Intencionalmente omitir um comportamento significa que essa pessoa

¹⁵⁴ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen suis generis or participation as “otherwise provided” in the article 28° Rome Statute*, p. 910.

tem essa possibilidade factual e está consciente que pode sair dessa passividade tal como lhe determina o dever. Otto Triffterer fornece o seguinte exemplo ilustrativo: “... quando foram cometidas atrocidades pelo adversário e existe o rumor que alguns dos subordinados planeiam vingança, o superior deve pensar em agir no sentido de implementar contra medidas para impedir a execução de tais planos, ... mas decide não tomar acção alguma. O superior deve também estar consciente que a sua decisão de não agir resultará necessariamente na comissão de relevantes crimes pelas forças ou subordinados sob o seu controlo efectivo ou autoridade e controlo” ¹⁵⁵. Relativamente à segunda omissão de “impedir ou reprimir”, vejamos a figura seguinte:

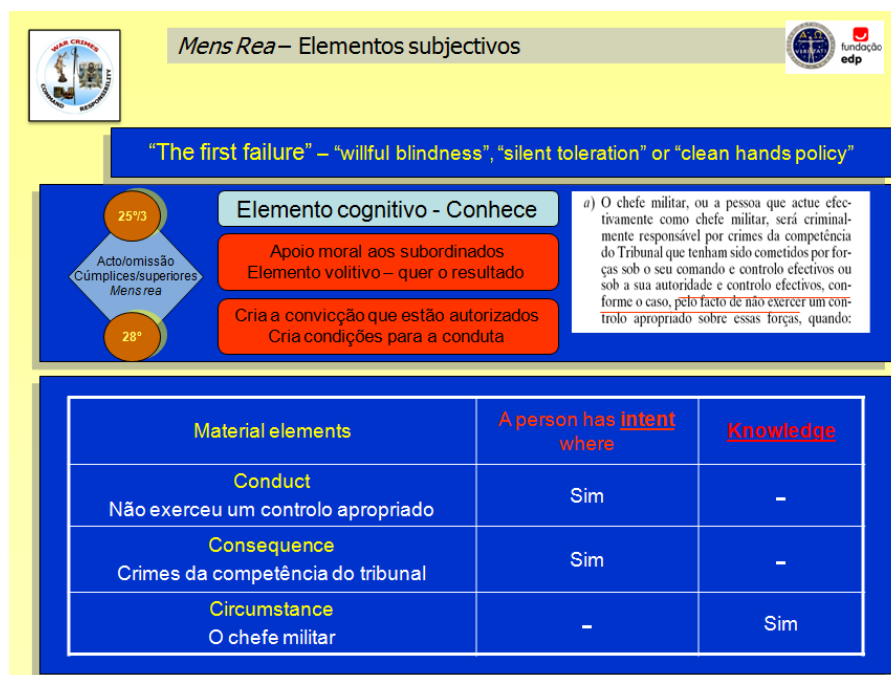


Neste caso, o artigo 28º está “otherwise provided” no sentido em que requer apenas conhecimento, “deveria ter tido conhecimento” (para comandantes) ou “não teve em consideração” (a informação que o deveria alertar para o risco, no caso dos outros superiores),

¹⁵⁵ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen suis generis or participation as “otherwise provided” in the article 28º Rome Statute*, p. 911.

estabelecendo um regime específico do elemento mental, no sentido de uma acção negligente, não necessitando de “querer” a conduta e a consequência, mas apenas bastando o conhecimento das circunstâncias, como refere o n.º 3 do artigo 30º. Ao omitir o seu dever de agir, o superior não incluído no n.º 1 do artigo 28º que, deliberadamente, “não teve em consideração” a informação que o deveria alertar para o risco, pode ser interpretado como uma forma de negligência grosseira, também designada nos sistemas da civil law negligência consciente, ou nos sistemas da common law uma forma de *recklessness*¹⁵⁶. Este conceito de *recklessness* que, como vimos no Capítulo 3, se situa entre a *conscious negligence* e o *dolus eventualis*.

Há, ainda, um outro caso que merece uma referência especial e que é a situação em que o superior deliberadamente permanece ignorante sobre os factos. Vejamos a figura seguinte:



As soluções são várias dependendo do modo como se considera o acto do superior e não podemos de momento fornecer uma solução definitiva, até que a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional nos venha ajudar. Podemos, todavia, desenhar cenários. Se considerarmos que, ao permanecer voluntariamente ignorante, o superior fornece um apoio substancial à

¹⁵⁶ Chantal Meloni - *Command Responsibility, Mode of Liability for the Crimes of the Subordinates or a Separate offence of the Superior?* *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 634-635.



prática do crime no sentido de exercer uma influência dolosa, assistência ou apoio, ou ainda executando o crime em conjunto ou através de outrem (que pode ser o subordinado), este facto deve ser avaliado na perspectiva do n.º 3 do artigo 25º. O mesmo raciocínio se aplica quando não se trata da omissão de um dever. Se se considerar que é ainda um caso de omissão onde o superior cria condições à prática dos crimes pelos seus subordinados, então, pelo menos, o dolo da primeira omissão pertencerá à categoria do dolo directo ou do 1º grau. Chantal Meloni sintetiza esta problemática do seguinte modo: "...dependendo se o superior sabia ou não acerca do crime que estava a ser preparado pelos subordinados, a sua responsabilidade será mais próxima de uma forma de cumplicidade (se tinha conhecimento) ou de uma mera violação dos seus deveres (se deveria ter tido conhecimento). Na verdade, quando o superior intencionalmente falha em impedir a comissão dos crimes pelos seus subordinados, a natureza da responsabilidade de comando torna-se muito próxima da responsabilidade relativa a uma forma de participação (note-se que o próprio artigo 28º se inicia com "in addition to other grounds of responsibility") e neste caso o superior poderá ser responsável pelas consequências da sua falha, designadamente pelo crime do subordinado (tradução e adaptação do autor)".¹⁵⁷ Voltaremos a abordar esta questão quando analisarmos aquilo por que é o comandante efectivamente responsável. Todavia, importa afirmar que, mesmo no caso em que a responsabilidade do superior se aproxima do n.º 3 do artigo 25º, o artigo 28º cumpre duas importantíssimas funções: a primeira, a de responsabilizar em particular os comandantes pelos seus deveres e a segunda, a que permite, em caso de dificuldade de prova efectiva desse conhecimento, aplicar a responsabilidade com base no conhecimento reconstruído.

A nossa posição está em linha com Maria Paula Ribeiro de Faria que, entre nós, refere também esta questão nos seguintes termos: "Aqui toca-se o problema da «ignorância deliberada» que é, em grande medida, um problema de erro (ou um problema fictício de erro). Na verdade o que sucede é que, por vezes, o agente pode estar em erro ou manter-se em erro até como forma de escapar à responsabilidade penal que de outra forma teria, mas ao manter-se na «ignorância» ele tem muitas vezes e ao mesmo tempo, consciência de factos que sabe que

¹⁵⁷ *Command Responsibility – Mode of Liability for the Crimes of the Subordinates or a Separate offence of the Superior?* Journal of International Criminal Justice, 2007, p. 636-637.

existem, ou de resultados que sabe que se irão concretizar. Nestes casos, pode-se entender que existe o conhecimento e a vontade a que se refere o artigo 30º, e que basta para a afirmação da intenção e a consciência de que uma circunstância existe ou de que uma consequência se irá verificar. Chama-se a esta situação «conhecimento implícito», «conhecimento construtivo ou construído» ou «segundo grau de conhecimento»¹⁵⁸

5.2.3.2. O elemento mental “mens rea” do artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – não há responsabilidade sem conhecimento

“... The concept of mens rea is so central to all prosecutions... deviation from adherence to strict principles may augment the chances of conviction but it can also threaten the Tribunal’s ability to fulfil its solemn goals”.

William A. Schabas¹⁵⁹

No Capítulo 1 e anteriormente já neste Capítulo referimos que a figura da responsabilidade de comando no início dos anos 70 do século XX foi marcada por uma dualidade que deve ser referenciada: a dualidade entre o Yamashita standard e o estabelecido no caso Ernest Medina. Por um lado, temos os casos do General Yamashita e do Brigadefürer Kurt Meyer (Abadia das Ardenas), nos quais o critério de

Mental element parity article 28º Status ICC			
ICTR (1994)		Updated Statute of the ICTY (2008)	ICC (1998)
Article 6º (3)	The fact that any of the acts referred to in articles 2º to 4º of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.	Article 7º (3)	The fact that any of the acts referred to in articles 2º to 5º of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.
			Art. 28º (1) a) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes. Art. 28º (2) a) The superior either knew or, conscientiously disregarded information which clearly indicate, that the subordinates were committing or about to commit such crimes.

determinação do elemento cognitivo foi “deveria ter conhecimento”(should have known) dos factos praticados pelos seus subordinados; por outro lado, nos casos Wilhelm von Leeb (Alto

¹⁵⁸ Direito e Justiça, Universidade Católica Portuguesa, Volume Especial, 2006, p. 137.

¹⁵⁹ Mens rea and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, p. 1036.



Comando) e do Capitão Ernest Medina (*My Lay*) o critério da determinação do elemento cognitivo foi “sabia” (*knew*) dos factos praticados pelos seus subordinados. Na prática tais diferenças resultam da tese do “conhecimento actual” e do “conhecimento reconstruído”. Vejamos agora, após a acção dos Tribunais *ad hoc*, da jurisprudência entretanto produzida e das linhas orientadoras de política criminal internacional, como é possível caracterizar os novos institutos legais, no que concerne ao elemento cognitivo, designadamente no que respeita ao artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Em primeiro lugar, torna-se necessário afirmar que o elemento subjectivo relativo ao artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional expressa uma determinada vontade política do legislador internacional, no sentido de reforçar as obrigações dos comandantes militares, para além daquilo que o costume internacional determinada até então.¹⁶⁰ Isto é, o costume internacional, no caso em que não fosse possível determinar que o comandante tinha conhecimento dos actos dos seus subordinados, atribuía responsabilidade de comando apenas nas situações em que este tinha tido contacto com a informação que lhe permitiria concluir da existência de actos preparatórios, da tentativa ou mesmo da execução de um crime internacional. Isto é, o costume internacional atribui uma responsabilidade ao superior sempre que este “sabe” ou “teve informação” sobre os crimes, mas não impõe um dever de procura de informação e de se manter no controlo dos seus subordinados. Ou seja, a doutrina da responsabilidade de comando reconhece que “o conhecimento actual” e o “conhecimento reconstruído de modo limitado ou em sentido relativo” satisfazem o standard do elemento mental. Por outras palavras, o costume internacional não exige que o comandante procure obter activamente informação sobre a possível conduta criminal dos seus subordinados. Podemos pois afirmar que, nesta mesma linha, os Tribunais *ad hoc* recusaram reconhecer uma responsabilidade fundamentada na negligência do superior em obter informação sobre a conduta criminosa dos seus subordinados.¹⁶¹ Esta análise está feita e

¹⁶⁰ ICC-01/05-01/08 *Amicus Curiae* Observations on Superior Responsibility, 20 April 2009 (Amnesty International - *Why Warlords evade the Law of Command Responsibility: A plea for more appropriate conception of effective control*, p.4.

¹⁶¹ *Čelebići Appeal Judgment*, §226 (finding no liability under customary international law for failing to acquire knowledge about the criminal acts of subordinates); *Bagilishema Appeal Judgment*, §32 §37 (finding that “the test for criminal negligence as advanced by the Trial Chamber cannot be the same as the ‘had reason to know’ test in terms of Article 6º (3) of the Statute”);



fundamentada, muito em particular através das referências ao n.º 2 do artigo 86º do PA I e da jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* (especialmente em Čelebići), como já referimos no decorrer deste Capítulo.¹⁶²

Em segundo lugar, o essencial da compreensão do elemento mental do artigo 28º é o entendimento de que o legislador internacional partiu da posição do costume internacional e incorporou um *standard* de negligência para os comandantes militares. Isto é, a interpretação do elemento mental do artigo 28º, alínea a) (i) incluso na expressão “... em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento... (... should have known...)” não deve ser feita no sentido em que o vinha sendo pelos Tribunais *ad hoc* com base no costume, mas, pelo contrário, deve ser avaliado de acordo com a sua letra, tendo em atenção o seu sentido teleológico expresso pelo objecto e pela finalidade do Estatuto.¹⁶³ A interpretação literal da expressão “em virtude das circunstâncias do momento deveria ter tido conhecimento” não está restringida àquelas circunstâncias em que o comandante tenha tido informação, uma vez que indica uma obrigação falhada de obter informação.¹⁶⁴ O preâmbulo do Estatuto de Roma indica claramente o objectivo de prosseguir uma finalidade de prevenção dos crimes da maior gravidade¹⁶⁵ e os comandantes militares ocupam uma posição única neste contexto de prevenção dos crimes mais graves. Tendo em consideração as explicações fornecidas no Capítulo 2, defendemos, tal como outros autores¹⁶⁶, a interpretação desta norma

Blaskić Appeal Judgment, §61 §63 (rejecting criminal negligence standard); *Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu, Judgment*, 20 June 2007, §796 (“[S]olely negligent ignorance is insufficient to attribute imputed knowledge.”).

¹⁶² Para mais detalhes ver ICC-01/05-01/08 *Amicus Curiae Observations on Superior Responsibility*, 20th April 2009 (Amnesty International - *Why Warlords evade the Law of Command Responsibility: A plea for more appropriate conception of effective control*, p. 4-7).

¹⁶³ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23rd May 1969, entered into force 27 January 1980, U.N. Doc. A/Conf.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 (“VCLT”), Article 31º; *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Case n.º ICC-01/04-168, Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal*, 13 July 2006, ¶ 33 (“The interpretation of treaties, and the Rome Statute is no exception, is governed by the Vienna Convention on the Law of Treaties (23 May 1969), specifically the provisions of articles 31º and 32º”).

¹⁶⁴ ICC-01/05-01/08 *Amicus Curiae Observations on Superior Responsibility*, 20th April 2009 (Amnesty International - *Why Warlords evade the Law of Command Responsibility: A plea for more appropriate conception of effective control*, p. 7 “The ordinary meaning of the phrase “should have known” is not restricted to circumstances where a commander is on notice, because it indicates an unmet obligation to obtain information”).

¹⁶⁵ §5 da versão oficial em língua portuguesa, publicada no *Diário da República I Série-A*, n.º 15, de 18 de Janeiro de 2002, p. 397: “Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir para a prevenção de tais crimes”.

¹⁶⁶ *Michael A. Newton and Casey Kuhlman, Why Warlords Evade the Law of Command Responsibility: A Plea for a More Appropriate Conception of Effective Control* (draft article pending publication, on file with *amicus curiae*) “[I]nternational law entrusts commanders as the primary enforcement mechanism for the laws and customs of war,” so “any commander in any conflict under any form of organization who fields a fighting force assumes the risk of criminality if he does not properly emplace



no sentido desta consagrar uma obrigação de cada comandante em se manter activamente informado, através de um sistema de comando e controlo, sobre a conduta dos seus subordinados, como único caminho para assegurar uma efectiva prevenção deste tipo de crimes. Repare-se, em particular, a distinção propositada que o legislador internacional fez relativamente ao artigo 28º, alínea b) (i), distinguindo entre o elemento mental exigível para os superiores hierárquico não militares (conhecimento reconstruído em sentido limitado) e o elemento mental para os comandantes militares (conhecimento reconstruído em sentido completo mas não absoluto, como explicaremos mais à frente). Uma qualquer outra interpretação, pensamos nós, retiraria conteúdo útil ao artigo 28º, alínea b) (i). Assim, pensamos que, à semelhança de alguns autores, o artigo 28º, alínea a) (i) deve ser interpretado no sentido de cobrir as circunstâncias em que o comandante possui informação e ainda aquelas que originariamente não estavam contidas no costume internacional, e que incluem a falta de conhecimento devido à sua falha em se manter informado da conduta dos seus subordinados. Pensamos que o facto do ICTR se ter referido ao assunto no caso *Kayishema*¹⁶⁷, no sentido de reconhecer esta interpretação dissidente da linha geral seguida pelos Tribunais *ad hoc*, é o argumento maior que suporta a nossa tese. Se assim a aceitarmos, então podemos afirmar que o artigo 28º, alínea a) (i) impõe uma forma de responsabilidade criminal com base na negligência.

Esta interpretação está também em linha com os “travaux préparatoires” do Estatuto assinado em Roma, a 17 de Julho de 1998. Na realidade, apesar da versão inicial incorporar a expressão “tinha motivos para saber.../... knew or had a reason to know...” retirada dos Estatutos dos Tribunais *ad hoc*, logo nas primeiras versões dos rascunhos que circularam entre

mechanisms to ensure compliance with the laws and customs of warfare.” Kai Ambos, “Superior Responsibility,” in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* p. 823, 869 (Antonio Cassese et al. eds., 2003) (concluding that superiors are “responsible for . . . effective reporting system[s] within [their] command”); William J. Fenrick, “Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors,” in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* p. 515, 519 (Otto Triffterer ed., 1999).

¹⁶⁷ *The Prosecutor versus Clément Kayishema and Obed Ruzindana Case n.º ICTR-95-1-T, Judgment, 21st May 1999: §227. “On this issue, the Chamber finds the distinction between military commanders and other superiors embodied in the Rome Statute an instructive one. In the case of the former it imposes a more active duty upon the superior to inform himself of the activities of his subordinates when he, “knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes.” This is juxtaposed with the mens rea element demanded of all other superiors who must have, “[known], or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes.”*

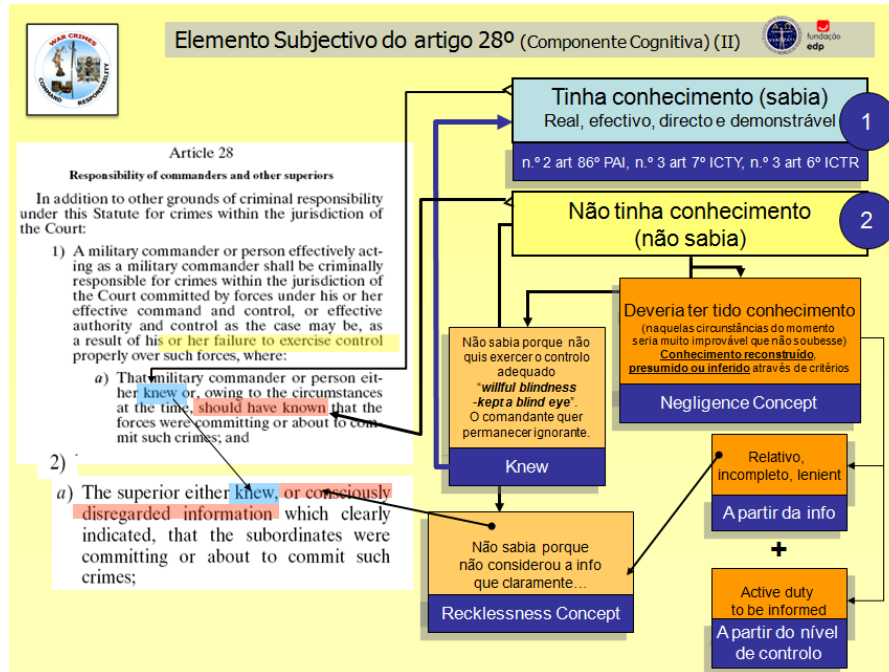


as delegações presentes, constava a expressão “deveria ter tido conhecimento.../... should have known...”, tendo a delegação dos Estados Unidos da América proposto uma alteração no sentido de distinguir o elemento mental a aplicar a comandantes militares e aos superiores hierárquicos não militares. No momento em que esta proposta foi apresentada, o representante dos Estados Unidos da América referiu o seguinte: “negligência não é apropriada num contexto civil e é, basicamente, contrária à regra geral em direito internacional criminal... todavia, a negligência é justificável para um comandante militar, pelo facto de este ter sob a sua responsabilidade a utilização da força letal”.¹⁶⁸

Importa ainda considerar uma terceira ideia, no sentido em que a negligência não comporta uma responsabilização na perspectiva de uma responsabilidade com base no conhecimento reconstruído em sentido absoluto, numa espécie de cheque em branco a assinar pelo comandante. Já vimos que na responsabilidade estrita se entendia que o superior seria sempre responsável pelos crimes cometidos pelos seus subordinados, independentemente das circunstâncias, desde que se considerasse que este tinha motivos para saber. Não é esta posição que defendemos. Pelo contrário, alinhamos com a posição segundo a qual, se um comandante no cumprimento do seu dever de proactividade, estabelecer um eficiente e eficaz controlo das actividades dos seus subordinados, através dos instrumentos que tem ao seu dispor e que já enunciamos no Capítulo 2, designadamente relatórios, visitas inspecções, briefings de situação, directivas, orientações verbais, etc., e mesmo assim, não tiver conhecimento dos actos dos seus subordinados, não pode em boa verdade vir a ser responsabilizado. É que esta interpretação da expressão “em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento...” inclui, portanto, o conhecimento adquirido pelo comandante através da disponibilização da informação e ainda aquela que deverá resultar do

¹⁶⁸ ICC-01/05-01/08 Amicus Curiae Observations on Superior Responsibility, 20th April 2009 (Amnesty International - Why Warlords evade the Law of Command Responsibility, p. 9: “The United States representative stated that the “negligence standard” was not appropriate in a civilian context and was basically contrary to the usual principles of criminal law responsibility.” However, the negligence standard for a military commander “appeared to be justified by the fact that he was in charge of an inherently lethal force.” There was widespread support for the proposal, and no delegation took issue with the United States’ characterisation of the “should have known” standard as a negligence standard. The drafters therefore deliberately departed from the “had reason to know” formulation of the statutes of the ad hoc Tribunals, and intentionally incorporated a negligence standard for the mental element of superior responsibility for military commanders.

seu dever em se manter activo na procura da informação.¹⁶⁹ É precisamente esta ideia que a tabela seguinte pretende ilustrar:



Quanto à primeira (informação disponibilizada), mantém-se aquilo que já afirmámos no sentido em que esta não necessita de ser específica¹⁷⁰, nem necessita de se dirigir à conclusão da existência dos crimes¹⁷¹, mas é suficientemente alarmante para o colocar alerta e justificar um novo e cuidadoso inquérito¹⁷² ou para colocar o comandante de sobreaviso sobre o risco de que os crimes venham efectivamente a ser cometidos pelos seus subordinados¹⁷³. Também o que afirmámos sobre a "ignorância propositada" se mantém.

Em quarto e último lugar, duas notas sobre questões relacionadas com o elemento mental do artigo 28º. A primeira diz respeito a um caso que já referimos e que voltaremos

¹⁶⁹ Através de todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance. Deve entender-se por medidas necessárias aquelas que, estando para além das úteis, são impostas pelo funcionamento da norma, por adequadas as que objectivamente consideradas podem produzir o resultado exigido e ao seu alcance aquelas que fisicamente estão no domínio das suas possibilidades materiais.

¹⁷⁰ Čelebići Appeal Judgment, §238; Bagilishema Appeal Judgment, §42; Prosecutor v. Milutinović, Case n.º IT-05-87-T, Judgment, 26th Feb. 2009, §120.

¹⁷¹ Čelebići Trial Judgment, §393; Prosecutor v. Strugar, Case n.º IT-01-42-T, Judgment, 31st January 2005 ("Strugar Trial Judgment"), §369; Prosecutor v. Limaj et al., Case n.º IT-03-66-T, Judgment, 30th November 2005 ("Limaj Trial Judgment"), §525.

¹⁷² Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura, IT-01-47-A, Judgment, 22nd April 2008 ("Hadžihasanović and Kubura Appeal Judgment"), §28; see also Prosecutor v. Krnojelac, Case n.º IT-97-25-A, Judgment, 17th September 2003 ("Krnojelac Appeal Judgment"), §59.

¹⁷³ Pavle Strugar Appeal Judgment, §304.



ainda a mencionar no decorrer deste Capítulo: o caso Pavle Strugar¹⁷⁴, no sentido em que o conhecimento da prática de crimes em momento anterior ao seu comando não possa ser elemento da formação da responsabilidade de comando, na perspectiva de que haveria um dever do comandante em concluir que outros crimes seriam praticados no futuro. Todavia, este conhecimento deverá constituir, isso sim, justificação suficiente para um maior controlo e procedimentos de investigação.¹⁷⁵ O conhecimento de crimes praticados no passado é, por si só, o conhecimento de um risco inaceitável de, no futuro, crimes idênticos virem a ser cometidos.¹⁷⁶ É este o argumento que suporta o dever de investigar e punir a que já nos referimos anteriormente. A segunda, na reconstrução do conhecimento do superior, a informação que o superior efectivamente possui, deve ser ponderada como um todo e a partir de critérios. A jurisprudência forneceu pistas importantes de suporte a esta ideia, em especial no caso Krnojelac.¹⁷⁷ Na instância de julgamento, o Tribunal considerou que não havia suficientes indícios para considerar que o acusado, um guarda prisional (entendido como um superior hierárquico), sabia ou tinha motivos para saber que os prisioneiros estavam a ser torturados. Todavia, a instância de recurso declarou que os indícios eram suficientemente alarmantes para que o arguido tivesse sido alertado para essa possibilidade.¹⁷⁸ Os indícios incluíam o facto de que a razão para tais detenções se ter baseado apenas na etnia; o facto do arguido ter testemunhado espancamentos; o facto de que ele ouviu alguém dizer que cada fuga seria punida colectivamente, etc., estas e outras informações deveriam ter alarmado o arguido no sentido de investigar a verdade.¹⁷⁹ Os critérios (ou indícios)¹⁸⁰ que referimos anteriormente para a determinação do conhecimento reconstruído tiveram origem num comentário do

¹⁷⁴ Pavle Strugar (ICTY, IT-01-42) Dubrovnik Case.

¹⁷⁵ Ver, em particular, Pavle Strugar Appeal Judgment, §301; Hadžihasanović and Kubura Appeal Judgment, §30; Krnojelac Appeal Judgment, §169; RUF Trial Judgment, Prosecutor v. Sesay, Kallon, and Gbao, Case n.º SCSL-04-15-T, Judgment, 2nd March 2009 ("RUF Trial Judgment"), §311.

¹⁷⁶ Pavle Strugar Appeal Judgment, §286.

¹⁷⁷ Prosecutor v. Krnojelac, Case n.º IT-97-25-A, Judgment, 17th September 2003 ("Krnojelac Appeal Judgment"), §169.

¹⁷⁸ Tal como no caso Sefer Halilović Case n.º IT-01-48-T, Judgment, 16th November 2005, §4 ... knowing of the 9th and the 10th Brigades "notorious reputations for being criminal and uncontrolled in behaviour"...§6 ... Sefer Halilović was duty bound to act urgently...

¹⁷⁹ Krnojelac Appeal Judgment, §166, §167, §169, §170 e §175.

¹⁸⁰ Guénaél Mettraux, 2009, p. 214.



ICRC¹⁸¹ ao n.º 2 do artigo 86º do PA I, no Relatório Final da Comissão de Especialistas das Nações Unidas¹⁸² e na jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* e incluem o seguinte:¹⁸³

- + Relatórios dirigidos ao superior (ICRC);
- + A situação tática (ICRC);
- + O nível de treino e instrução dos oficiais subordinados e da tropa, incluindo o treino em Direito Internacional Humanitário (ICRC);
- + Características particulares de cada um dos seus subordinados (ICRC)¹⁸⁴;
- + Número, tipo, frequência¹⁸⁵ e dimensão dos actos ilegais (Comissão de Especialistas)¹⁸⁶;
- + Duração dos actos ilegais (Comissão de Especialistas)¹⁸⁷;
- + Número e tipo de tropas envolvidas (Comissão de Especialistas)¹⁸⁸;
- + Meios logísticos envolvidos (Comissão de Especialistas);
- + Localização geográfica dos factos (Comissão de Especialistas)¹⁸⁹ ponderada relativamente ao local onde se encontrava o comandante no momento dos crimes¹⁹⁰;
- + A posição do superior na hierarquia¹⁹¹;
- + Difusão dos factos (notoriedade) (Comissão de Especialistas);
- + “O tempo” das operações (Comissão de Especialistas);
- + Modus operandi de factos ilícitos similares (Comissão de Especialistas);
- + Envolvimento dos oficiais de Estado-Maior e elementos do comando (Comissão de Especialistas)¹⁹²;
- + Localização do comandante ao tempo da prática dos crimes (Comissão de Especialistas);
- + A existência de relatórios de organizações humanitárias¹⁹³;
- + A existência de relatórios de unidades subordinadas relacionados com a situação no terreno e em concreto sobre os crimes¹⁹⁴;
- + Cobertura mediática¹⁹⁵;

¹⁸¹ Commentary on the Additional Protocols of 8th June 1977 to the Geneva Conventions of 12th August 1949, §35-45 (Yves Sandoz et al. eds., 1987) (“ICRC Commentary on the Additional Protocols”).

¹⁸² Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), UN Doc. S/1994/674, 27th May 1994, §58.

¹⁸³ Francisco Leandro, *Direito e Justiça*, 2006, p. 111.

¹⁸⁴ Sobre este aspecto particular deve referir-se que a no caso *Delalić Appeal Judgment*, §389. refere a existência de referências a subordinados do tipo “a violent or unstable character” ou ainda “the Serbian Adolf” devem constituir motivos de particular alerta.

¹⁸⁵ Guénaél Mettraux, 2009, p. 214.

¹⁸⁶ *Čelebići Trial Judgment*, §770 (finding that crimes were “so frequent and notorious that there is no way that Mr. Mucić could not have known or heard about them.”); *RUF Trial Judgment*, §2148. (commission of crime of forced marriage was widespread in the relevant district and throughout the country; in these circumstances, commander had reason to know of the fighters who committed this crime in the relevant location).

¹⁸⁷ *Čelebići Trial Judgment*, §769. ... o procedimento do arguido em se ausentar do campo nos momentos em que as violações eram cometidas, imputa-lhe “conhecimento presumido” dos crimes dos seus subordinados (determining that the accused’s policy of absenting himself from the camp while the abuses were occurring “imputed knowledge” of the criminal actions of his subordinates); ver também *Bagilishema Appeal Judgment*, §30.

¹⁸⁸ *Blaškić Appeal Judgment*, §618 O conhecimento presumido foi atribuído ao arguido pelo tratamento ilegal dos detidos, uma vez que as suas unidades não estavam dotadas do pessoal orgânico e, mesmo assim, as trincheiras continuaram a ser escavadas (imputing knowledge of mistreatment of detainees to an accused whose units were undermanned yet trenches continued to be dug).

¹⁸⁹ *Bagilishema Appeal Judgment*, §30.

¹⁹⁰ Guénaél Mettraux, 2009, p. 215.

¹⁹¹ Guénaél Mettraux, 2009, p. 214.

¹⁹² *Čelebići Trial Judgment*, §770 (criminal tendencies of subordinate known to superior).

¹⁹³ *Blaškić Appeal Judgment*, §618 (including as one of six factors establishing constructive knowledge that “(v) the practice was widely known to and reported by inter alia the ICRC, the ECHMM, and UNPROFOR representatives;”).

¹⁹⁴ Guénaél Mettraux, 2009, p. 214-215.

¹⁹⁵ *Galić Trial Judgment*, §704 (finding “in view of the circumstances which prevailed during the conflict, the notoriety of certain of the incidents scheduled in the Indictment and the systematic character of these criminal acts which extended over a prolonged



- ✚ A disponibilidade e o adequado funcionamento dos mecanismos de reporte¹⁹⁶;
- ✚ A existência de relevantes ordens superiores¹⁹⁷;
- ✚ O facto de que os crimes tiveram lugar na ausência temporária do comandante do seu posto de comando¹⁹⁸;
- ✚ O facto dos crimes serem normalmente escondidos do conhecimento do comando¹⁹⁹.

Estes critérios não podem ser vistos, uma vez mais, como elementos de prova do conhecimento actual do comandante, mas devem ser ponderados meramente como elementos que, ponderada a situação como um todo podem ser relevantes para a formação da convicção do tribunal.²⁰⁰ Por tudo aquilo que afirmamos, podemos dizer que não há responsabilidade de comando sem conhecimento.

5.2.4. A existência do elemento operacional não alternativo mas como uma segunda oportunidade

“It was a crime to deny quarter to a Christian knight. It was a crime to rape Christian women. But it was not a crime to massacre and to rape the entire Muslim and Jewish population of Jerusalem during the First Crusade”.

*Theodor Meron*²⁰¹

Um dos aspectos mais interessantes do conceito de responsabilidade de comando reside precisamente no facto dos dois deveres gerais, um primeiro de controlo efectivo e um segundo de compensar a primeira falha, darem corpo à ideia de uma segunda oportunidade de que

period of time, in conjunction with the media coverage of which the SRK Corps command was aware, renders the Accused's professed ignorance untenable.”).

¹⁹⁶ Guénaél Mettraux, 2009, p. 214.

¹⁹⁷ Guénaél Mettraux, 2009, p. 214.

¹⁹⁸ Guénaél Mettraux, 2009, p. 215.

¹⁹⁹ Guénaél Mettraux, 2009, p. 215.

²⁰⁰ Naser Orić Trial, IT-03-68-T, 30th June 2006, §319 “The actual knowledge of the superior, in terms of awareness that his subordinates were about to commit or have committed relevant crimes, cannot be presumed. In the absence of direct evidence, however, actual knowledge may still be established by way of circumstantial evidence. Although in this regard, the superior's position may per se appear to be a significant indication from which knowledge of a subordinate's criminal conduct can be inferred, such status is not to be understood as a conclusive criterion but must be supported by additional factors. According to the case law of the Tribunal, circumstantial evidence can in particular be gained from the indicia listed by the United Nations Commission of Experts in its final report on the armed conflict in the former Yugoslavia, such as the type and scope of illegal acts, the time during which they occurred, the number and type of troops involved, the logistics involved, if any, the geographical location of the acts, their widespread occurrence, the tactical tempo of operations, the modus operandi of similar illegal acts, the officers and staff involved and the location of the commander at the time”.

²⁰¹ International Law and Armed conflict: Exploring the Faultlines, 2007 - Leaders, Courtiers and Command responsibility in Shakespeare, Chapter 15, p. 411.



dispõe o comandante ou o superior hierárquico para afastar a sua responsabilidade. No momento em que está estabelecida a sua qualificação como superior hierárquico ou como comandante e o carácter intencional da falha em exercer o primeiro dever de controlo efectivo, a sua responsabilidade criminal internacional depende da manifestação da falha de controlo efectivo (através da tentativa²⁰² ou do resultado) e, ainda, do facto de, apesar de ter permanecido um primeira vez, não exerça o seu segundo dever de compensar a sua primeira falha e o resultado desta. Só quando o comandante ou o superior hierárquico perde esta segunda oportunidade de afastar a sua responsabilidade internacional estão reunidas as condições para aplicar o artigo 28º e determinar a sua responsabilidade criminal. A primeira oportunidade ocorre entre a primeira falha do superior (falha de controlo dos subordinados) e os actos preparatórios que irão conduzir à comissão dos seus crimes. A segunda ocorre precisamente entre o momento em que os actos preparatórios se transformam em actos substanciais, capazes de produzir um resultado típico (material ou mera tentativa) e o superior tem ainda a possibilidade de adoptar as medidas apropriadas de contrariar (impedindo ou reprimindo) a cadeia de acções que teve início a quando da sua primeira omissão ou, tendo adquirido conhecimento dos factos após a comissão destes, no momento em que o superior leva ao conhecimento das autoridades competentes a prática do crime dos seus subordinados.²⁰³

Note-se com particular ênfase que, considerando a decomposição dos dois deveres já referida anteriormente, após a falha de controlo, o comandante e o superior hierárquico podem ainda reprimir (no sentido de impedir) a tentativa e, mesmo depois de consumado o facto, podem ainda investigar e levar ao conhecimento das autoridades competentes para que seja atribuída a responsabilidade criminal ao subordinado. A tabela seguinte procura evidenciar as nossas opções de tradução para o segundo dever:

²⁰² Afirmámos no Capítulo 4 que a tentativa pressupõe, de acordo com a alínea f) do n.º 3 do artigo 25º que todos os elementos mentais do crime estão completos e que só o lado material está de alguma maneira incompleto. Mas este facto relativo ao não preenchimento de todos os elementos materiais não impede a atribuição de responsabilidade criminal, uma vez que a alínea f) do n.º 3 do artigo 25º a responsabilidade por crimes da jurisdição do Estatuto compreende não só crimes cometidos, mas também as tentativas para a sua comissão.

²⁰³ Adaptado a partir de Chantal Meloni, *Command Responsibility – Mode of Liability for the Crimes of the Subordinates or a Separate offence of the Superior?* *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 636.



Disfunções de tradução na versão portuguesa

Article 28
Responsibility of commanders and other superiors

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

- 1) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:
 - a) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and
 - b) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution;

Artigo 28.º
Responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos

Para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

- a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando:
 - i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e
 - ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal;

Collins Dictionary of English Language (Second edition 1985) p. 1160 "to prevent"
– To keep someone from doing something, to hinder or to impede. A melhor tradução quanto a nós será "impedir" e não "prevenir".

Isto é, o segundo dever dá relevo ao facto do superior ou o comandante se tornar responsável apenas no momento em que as consequências do crime de omissão se tornam visíveis, apesar de este ter conhecimento ou dever ter conhecimento que a primeira falha (ao primeiro dever) de controlo efectivo resultaria em actividades criminais dos seus subordinados, e, apesar disso nada faz. A mera falha em exercer o controlo sem consequências visíveis, sem que nada aconteça, não é tutelada pelo direito internacional na perspectiva do Estatuto de Roma, mas poderá sê-lo pelo direito nacional como medida concorrente, em termos disciplinares. Também, por outro lado, dado que este conceito de responsabilidade de comando é uma espécie de última ratio, as reacções dos subordinados devem ser de significativa gravidade para serem tuteladas pelo Estatuto de Roma. Outras situações poderão, contudo, ser tuteladas pelo direito nacional.

Vimos também anteriormente que a responsabilidade do comandante ou do superior depende da tentativa ou do resultado. Mas, tal como também já referimos, a alínea a) do n.º 3 do artigo 25º acrescenta um aspecto muito importante: é que, na realidade, a responsabilidade do comandante ou do superior não depende da responsabilidade ou da punibilidade do seu subordinado, isto é, no caso do seu subordinado ser menor de 18 anos, os requisitos de



responsabilidade do comandante ou do superior, havendo um resultado ou uma tentativa, estão preenchidos *ratione materiae*. O que acontece é que, segundo o artigo 26º do Estatuto, este não tem jurisdição *ratione personae* sobre pessoas como menos de 18 anos. Relembramos, nesta mesma perspetiva, que é a visibilidade ou a existência do crime com os seus elementos objectivos e subjectivos preenchidos, que desencadeia a responsabilidade do comandante ou do superior, não o facto dos subordinados serem ou não serem responsáveis e puníveis pela jurisdição do Estatuto.

5.2.5. – *Requer-se a existência de um nexó da causalidade entre a omissão e a prática do facto?*

“Since commanders are the critical path to enabling an organization to fight collectively they – logically – must be the critical path to controlling and focusing the violence which they alone are responsible for releasing onto the battlefield”.

Michael A. Newton and Casey Kuhlman²⁰⁴

Apesar da existência de um nexó de causalidade entre a omissão e a prática do facto criminoso ser um dos elementos integradores comuns aos crimes praticados através de uma comissão por omissão, são vários os argumentos a favor da não existência, neste caso, desse nexó de causalidade. Como vimos em 5.2.1., o crime do artigo 28º não requer uma especial relação com um certo crime, sendo bastante que o superior falhe relativamente ao seu dever de controlo e que esteja conhecedor que da sua omissão possa resultar a comissão de crimes da jurisdição do Estatuto praticados pelos seus subordinados. Note-se que, ao contrário das normas constantes dos artigos 6º, n.º 3 e 7º, n.º 3 dos Estatutos dos Tribunais *ad hoc*, se usaram os vocábulos *crimes* e *crime*,²⁰⁵ facto que se refere à hipótese de que esses crimes sejam praticados por forças ou por subordinados. Isto é, o vocábulo “crimes” que utiliza o artigo 28º descreve, não só um número incerto e não determinado de agentes sob o seu controlo efectivo,

²⁰⁴ ICC-01/05-01/08 *Amicus Curiae* Observations on Superior Responsibility, 20th April 2009 (Amnesty International - *Why Warlords evade the Law of Command Responsibility: A plea for more appropriate conception of effective control*, p. 3.

²⁰⁵ Tal como faz o artigo 25º do TPI e os artigos 6º, n.º 3 e 7º, n.º 3 dos Estatutos dos Tribunais *ad hoc*.

como também não se refere a um crime específico, mas a todos os crimes da jurisdição do Tribunal. Para além deste argumento, a responsabilidade criminal do superior é desencadeada não pela falha em impedir ou reprimir, mas pela falha em desencadear todas as medidas necessárias nesta direcção²⁰⁶ e relativamente a esta falha não há que determinar como elemento material o resultado e, por isso mesmo, não há que estabelecer um nexo de causalidade entre a falha e o resultado. Apenas quando as medidas implementadas impedem ou reprimem os subordinados da prática dos crimes o resultado se torna importante, uma vez que afasta a responsabilidade do superior. A figura seguinte procura mostrar uma comparação entre a letra do Estatuto de Roma e dos Estatutos dos Tribunais ad hoc:

Causation is requirement? (article 28º)

ICTR (1994)	Updated Statute of the ICTY (2008)	ICC (1998)
Article 6º (3) The fact that any of the acts referred to in articles 2º to 4º of the present Statute was committed <u>by a subordinate</u> does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.	Article 7º (3) The fact that any of the acts referred to in articles 2º to 5º of the present Statute was committed <u>by a subordinate</u> does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.	Art. 28 º (1), a) That military commander or person either knew or, <u>owing to the circumstances at the time, should have known</u> that the forces were committing or about to commit such crimes Art. 28 º (2), a) The superior either knew or, conscientiously disregarded information which clearly indicate, that the subordinates were committing or about to commit such crimes.

Tivemos já oportunidade de ver as condições cumulativas da responsabilidade de comando e entre elas não figura a necessidade de verificação de causalidade entre a omissão e o acto criminoso do subordinado. Isto é, não parece existir um requisito que ligue a falha do superior em agir e a comissão do crime pelo subordinado. A ligação entre a falha do superior e o crime escondido mas detectável já está contida no requisito de controlo efectivo, isto é, a possibilidade, a habilidade material do superior afectar a conduta do seu subordinado, pelo

²⁰⁶ Chantal Meloni Command Responsibility – Mode of Liability for the Crimes of the Subordinates or a Separate offence of the Superior? *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 629, e ainda Otto Triffterer, Command Responsibility – *crimen suis generis* or participation as “otherwise provided” in the article 28º Rome Statute, p. 920.



que este requisito de causalidade não poderá ser visto como um requisito independente.²⁰⁷ Devemos, todavia, referir que a doutrina não é unânime nesta interpretação.²⁰⁸ A nossa posição sobre a matéria alinha pela jurisprudência internacional, cuja tendência é incluir esta problemática no elemento funcional, afirmando que não se trata de uma questão de causalidade mas de controlo efectivo, uma vez que a responsabilidade imposta ao superior não diz respeito apenas à falha em impedir os crimes, mas também em o reprimir e em o punir.²⁰⁹ Assim a causalidade não é, quanto a nós, um elemento da responsabilidade de comando.²¹⁰

5.3. O comandante é criminalmente responsável por que factos (*ratione materiae*)?

“We succeed in enterprises which demand the positive qualities we possess, but we excel in those which can also make use of our defects”.

Alexis de Tocqueville, 1840²¹¹

O conceito de responsabilidade de comando tem sido apelidado de uma criação original²¹² do Direito Internacional Criminal, pelo menos do modo como surge no Estatuto de Roma.

Se estudarmos as origens remotas do conceito de responsabilidade de comando, vemos que o comandante era geralmente responsável pelos crimes cometidos pelos seus subordinados. Depois da II Guerra Mundial, a legislação nacional parecia inclinar-se para uma responsabilidade baseada numa forma de cumplicidade, mas não se encontra uma unidade

²⁰⁷ Cassese, p. 241-42 (2008) (as the doctrine has been refined by the *ad hoc* jurisprudence, “the criminal liability of the superior [i]s increasingly seen as a consequence of his own culpability, not necessarily linked by means of a causal nexus to the responsibility of the subordinates”); Gideon Boas, James L. Bischoff, and Natalie L. Reid, *International Criminal Law Practitioner Library: Forms of Responsibility in International Criminal Law* (2007) at p. 178, 232.

²⁰⁸ Otto Triffterer, “Causality, A Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28° Rome Statute?,” *Leiden J. Int’l L.* 179, 197 (2002) (describing causation as a “constituent element” of article 28°) p. 184 (Article 86°(2) “establishes a causal connection between the omission of the superior and the crime committed by his or her subordinate” because “it implies that if a superior had used his power, he would have or at least could have prevented the attempted or complete crime”).

²⁰⁹ *Čelebići Trial Judgment*, §340, 378; *Čelebići Appeal Judgment*, §255-56.

²¹⁰ Para mais detalhes consultar ICC-01/05-01/08 *Amicus Curiae* Observations on Superior Responsibility, 20th April 2009 *Amnesty International*, p.19-30.

²¹¹ *Democracy in America*, Princípia, 2001, p. 784.

²¹² Volker Nerlich, *Superior Responsibility under article 28° ICC Statute*, 2007, p. 665.



interpretativa numa perspectiva internacional do problema do pós II Guerra Mundial, oscilando entre uma responsabilidade pela participação no crime principal e uma responsabilidade imputada. Assim, importa determinar um aspecto muito importante na conceptualização da responsabilidade dos comandantes, ou de outra maneira, importa compreender melhor a natureza legal²¹³ da responsabilidade de comando, ou seja, é ou não o comandante responsável pelos crimes praticados pelos seus subordinados como um participante ou é apenas responsável por uma ofensa omissiva e, portanto, por não ter evitado que esses actos de natureza criminal praticados pelos seus subordinados tivessem tido lugar ou ainda por não ter punido os seus responsáveis, falhando os seus deveres? Segundo Chantal Maloni²¹⁴ para os Tribunais *ad hoc* a responsabilidade de comando tem sido considerada um modo de responsabilidade na qual o superior é responsável pelo mesmo crime cometido pelo subordinado. Todavia, ainda segundo o mesmo autor, esta posição parece estar a mudar no sentido de não ser vista como uma responsabilidade sobre o crime praticado pelos seus subordinados, mas ser vista como uma mera omissão dos seus deveres de impedir, reprimir ou punir os crimes cometidos pelos seus subordinados.²¹⁵

A jurisprudência dos casos *Hadžihasanović*²¹⁶, *Sefer Halilović*²¹⁷ e *Naser Orić*²¹⁸ parecem fornecer, como já afirmámos, uma clarificação do conceito de responsabilidade de

²¹³ Expressão usada por Chantal Maloni, *Command Responsibility*, p. 619.

²¹⁴ *Command Responsibility – Mode of Liability for the Crimes of the Subordinates or a Separate offence of the Superior?* *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 625.

²¹⁵ *Naser Orić IT-03-68-T*, 30th June, 2006, §292-293.

²¹⁶ *IT-01-47-T*, 25 March 2006, §2075.

²¹⁷ *Halilović IT-01-48-T*, 16th November, 2005, §54. “The Trial Chamber finds that under article 7° (3) command responsibility is responsibility for an omission. The commander is responsible for the failure to perform an act required by international law. This omission is culpable because international law imposes an affirmative duty on superiors to prevent and punish crimes committed by their subordinates. Thus “for the acts of his subordinates” as generally referred to in the jurisprudence of the Tribunal does not mean that the commander shares the same responsibility as the subordinates who committed the crimes, but rather that because of the crimes committed by his subordinates, the commander should bear responsibility for his failure to act. The imposition of responsibility upon a commander for breach of his duty is to be weighed against the crimes of his subordinates; a commander is responsible not as though he had committed the crime himself, but his responsibility is considered in proportion to the gravity of the offences committed. The Trial Chamber considers that this is still in keeping with the logic of the weight which international humanitarian law places on protection values. §95. The argument that a failure to punish a crime is a tacit acceptance of its commission is not without merit. The Trial Chamber recognises that a commander, as the person in possession of effective control over his subordinates is entrusted by international humanitarian law with the obligation to ensure respect of its provisions. The position of the commander exercising authority over his subordinates dictates on his part to take necessary and reasonable measures for the punishment of serious violations of international humanitarian law and a failure to act in this respect is considered so grave that international law imputes upon him responsibility for those crimes. He has, in the words of the ICRC Commentary to the Additional Protocol “tolerated breaches of the law of armed conflict”.



comando no sentido em que o comandante é responsável pela sua omissão²¹⁹, não significando com isso que o comandante partilhe a mesma responsabilidade dos executantes materiais da ofensa. Por outras palavras, no âmbito da doutrina da responsabilidade de comando, os superiores não são indirectamente responsáveis pelos crimes cometidos pelos seus subordinados, isto é, a responsabilidade de comando não é uma forma de responsabilidade através da determinação do título participativo.²²⁰ Os superiores são responsáveis pela sua própria conduta, isto é, pela violação de um ou mais deveres dos quais resultam da sua posição de autoridade sobre os seus subordinados. O racional por detrás deste tipo de responsabilidade é o de que, se os superiores hierárquicos e os comandantes tivessem exercido os seus deveres, tais crimes nunca teriam tido lugar, ou pelo menos os seus subordinados teriam sido punidos e, com essa punição, futuras ofensas teriam sido dissuadidas. Para que seja possível o funcionamento deste conceito, já se vê que será essencial a existência de uma relação do tipo superior-subordinado, possuindo o primeiro uma efectiva capacidade de controlo sobre o segundo. Ou seja, podemos afirmar, com relativa certeza, que, a *ratione materie* da responsabilidade dos comandantes se fundamenta nos seus deveres e nas suas atribuições enquanto superiores dos seus subordinados²²¹ e não no crime praticado pelos subordinados, embora com standards diferentes no caso de superiores comandantes (negligência) e no caso dos outros superiores (*recklessness*).

²¹⁸ Comandante das forças sérvias em Srebrenica foi condenado a 2 anos de prisão, em vez dos 18 anos pedidos pelo procurador, uma vez que os seus crimes foram entendidos como uma omissão dos seus deveres de superior e não como um modo de responsabilidade pelos crimes *em si*. IT-03-68-A, 16 de Outubro de 2006, §10.

²¹⁹ Halilović IT-01-48-T, 16th November, 2005 §43. National legislation enacted in the post World War II period, for example in Canada, France, and Britain, considered command responsibility as a form of accomplice liability. In other words, a commander's failure to prevent or repress the breaches of international humanitarian law committed by his subordinates amounted to encouragement or assistance of the subordinates in the commission of the crime... §48. It may be concluded, therefore, that the post World War II case law was not uniform in its determination as to the nature of the responsibility arising from the concept of command responsibility... §54. "The Trial Chamber finds that under Article 7^o (3) command responsibility is responsibility for an omission. The commander is responsible for the failure to perform an act required by international law. This omission is culpable because international law imposes an affirmative duty on superiors to prevent and punish crimes committed by their subordinates. Thus "for the acts of his subordinates" as generally referred to in the jurisprudence of the Tribunal does not mean that the commander shares the same responsibility as the subordinates who committed the crimes, but rather that because of the crimes committed by his subordinates, the commander should bear responsibility for his failure to act. The imposition of responsibility upon a commander for breach of his duty is to be weighed against the crimes of his subordinates; a commander is responsible not as though he had committed the crime himself, but his responsibility is considered in proportion to the gravity of the offences committed. The Trial Chamber considers that this is still in keeping with the logic of the weight which international humanitarian law places on protection values".

²²⁰ Beatrice I. Bonafé, Finding a proper role for command responsibility, p. 603.

²²¹ Beatrice I. Bonafé, Finding a proper role for command responsibility, p. 604.

Explica Chantal Meloni²²² que esta forma de responsabilidade é uma solução eclética ou híbrida construída a partir de diferentes conceitos. Por um lado, não é consistente com qualquer forma de cumplicidade, uma vez que não é necessário mostrar a existência de um nexo de causalidade entre a omissão e o crime base e o elemento mental é menor do que o necessário para a qualificação de cumplicidade. Por outro lado, dificilmente se pode conceber o crime de omissão como uma ofensa em separado, uma vez que este está dependente da comissão do crime pelos subordinados. Os designados mecanismos de activação da responsabilidade (trigger mechanisms) ajudam também a compreender um pouco melhor por quais factos é afinal o comandante criminalmente responsável. A figura seguinte procura evidenciar que só há responsabilidade de comando quando um comandante não executa todas as medidas ao seu alcance para compensar a primeira falha de controlo e, por isso mesmo, foi produzido um resultado criminoso. Isto é, como procura mostrar a figura, o comandante é penalmente responsável pela sua falha.



²²² Command Responsibility – Mode of Liability for the Crimes of the Subordinates or a Separate offence of the Superior? *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 632.

Tendo em atenção os deveres a que estão obrigados os superiores, isto é, um dever geral de controlo e um dever geral de reacção à primeira falha em agir, se estendem por diversos momentos, mas sempre no sentido de dar ao superior uma possibilidade de contrariar o aumento do risco, provocado pela sua falha de controlo. Melhor ainda, tendo em consideração que só existe responsabilidade quando o superior falha pela segunda vez os seus deveres, verificado que foi um resultado ou uma mera tentativa, o superior não necessita de partilhar a intenção do agente do crime, mas é negligentemente responsável pela falha em contrariar acções que conhecia ou deveria conhecer ou que não considerou e que, num curso normal dos acontecimentos, seriam aptas a dar a possibilidade aos seus subordinados de produzirem um resultado criminoso.

O caso Hadžihasanović & Kubura procurou esclarecer inequivocamente a verdadeira natureza da responsabilidade de comando através das seguintes palavras: “o conceito de responsabilidade de comando neste sentido é uma excepção no direito internacional, uma vez que possibilita a atribuição de responsabilidade ao superior, mesmo não tendo este actus reus (não participou na comissão dos elementos materiais do crime), nem tendo nunca tido a intenção de o cometer e portanto também não apresentando o elementos subjectivo (mens rea) (tradução do autor)”²²³. Consequentemente... a sentença tem que ser mais ligeira do que se o acusado tivesse participado na comissão de um crime. O artigo 28º do Estatuto de Roma não é, nestes termos, um crime sui generis, tal como vimos afirmando, no sentido em que estabelece uma outra espécie de tipologia criminal, mas a natureza deste modo de responsabilidade relativa aos crimes já existentes no Estatuto é, ela própria, sui generis, no sentido em que poderá justificar, como veremos, uma medida da pena especialmente atenuada comparativamente à pena aplicável ao crime cometido pelo subordinado. A figura seguinte procura relacionar os deveres do comandante, com cada fase da execução de um crime pelos seus subordinados, destacando em particular a linha limite de punibilidade e a produção do resultado, no qual entendemos nós se inclui a tentativa (apenas para efeitos de

²²³ Hadžihasanović & Kubura Trial Chamber, IT-01-47, 15th March 2006, §2076. “... The concept of command responsibility in this regard is exceptional in law in that it allows for a superior to be found guilty of a crime even if he had no part whatsoever in its commission (absence of an actus reus), and even if he never intended to commit the crime (absence of mens rea)”.

responsabilidade penal). A figura procura ainda evidenciar a diferença entre desistência e tentativa.



O artigo 28º do Estatuto exara não duas mas quatro formas de responsabilidade²²⁴ com diferentes censurabilidades e soluções penais. Para que seja possível identificar estas quatro formas de responsabilidade, torna-se necessário assinalar duas distinções de relevância particular. A primeira, refere-se à relação sequencial entre a falha do superior e a comissão do crime pelos subordinados, na perspectiva do dever geral de compensar a primeira falha (ou seja, o segundo dever). Isto é, o superior pode ter falhado em impedir ou reprimir²²⁵ o crime (antes de este estar consumado) ou o superior pode ter falhado em submeter a matéria às autoridades competentes (depois da consumação do crime). No primeiro caso, denominaremos a situação como responsabilidade do superior antes do facto (na figura esta responsabilidade está representada pelo espaço entre a linha de início da execução e o resultado) e, no segundo caso, por responsabilidade do superior após o facto (na figura anterior esta responsabilidade está representada pelo espaço para além da linha de resultado). No caso da responsabilidade

²²⁴ Volker Nerf, 2007, *Superior Responsibility under article 28º ICC Statute*, p. 667.

²²⁵ No sentido de fazer cessar o início da execução ou os actos substanciais que materializam a tentativa.



após o facto é impossível o superior reprimir o crime, uma vez que este já foi praticado, mas resta-lhe apenas submeter o assunto à consideração das autoridades competentes.

A segunda importante distinção dirige-se ao elemento mental do superior, ou melhor, relaciona este elemento mental do superior hierárquico, com o momento da prática do crime pelos seus subordinados. Isto é, deve ter-se em consideração o momento em que o superior hierárquico possui uma das três alternativas ao seu elemento mental: tinha conhecimento ou, não tendo conhecimento deveria ter tido conhecimento ou ainda deveria ter tido em consideração.

A combinação destas duas distinções como o momento em que o comandante ou superior hierárquico adquire uma das três modalidades do seu elemento mental, resulta em quatro diferentes formas de responsabilidade: (1) “Conhecimento actual” – responsabilidade antes do facto; (2) “Deveria ter tido conhecimento” e “deveria ter tido em consideração” – responsabilidade antes do facto; (3) “Conhecimento actual” – responsabilidade depois do facto; (4) “Deveria ter tido conhecimento” e “deveria ter tido em consideração” – responsabilidade depois do facto.²²⁶

Estas formas de responsabilidade têm três elementos comuns: o primeiro é o facto de que o crime cometido pelos subordinados se enquadra na factualidade típica dos artigos 5º a 8º do Estatuto. O segundo é o de que a autoria²²⁷ de tais crimes (ou simplesmente a tentativa) é efectivamente dos subordinados do superior hierárquico e o terceiro elemento é efectivamente a falha de controlo por parte do superior hierárquico, no sentido do primeiro dever a que este está obrigado. Começamos pela análise das situações antes do facto:

(1) “Conhecimento actual” – responsabilidade antes do facto: Nesta forma de responsabilidade do superior hierárquico requer-se o conhecimento actual pelo superior do

²²⁶ Esta organização segue as ideias apresentadas por Volker Nerlic, 2007, *Superior Responsibility under article 28º ICC Statute*, embora não seja completamente coincidente nos conteúdos da análise.

²²⁷ Aqui entende-se por responsabilidade, como explica Volker Nerlic em *Superior Responsibility under article 28º ICC Statute*, p. 668 e 669, como autoria ou por outra qualquer forma de participação nos termos do n.º 3 do artigo 25º, uma vez que o objectivo da responsabilidade de comando é assegurar que os comandantes e os superiores hierárquicos exercem o controlo apropriado para prevenir e se necessário punir os crimes dos seus subordinados e assim assegurar o cumprimento das regras humanitárias internacionais.



crime base.²²⁸ Em comparação com o regime geral do n.º 1 do artigo 30º do Estatuto, o requisito relativo ao elemento mental em relação ao crime base é ligeiramente mais atenuado, uma vez que não é necessário mostrar a existência do elemento volitivo. O crime base qualifica-se como uma consequência ou efeito da conduta do autor nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 30º do Estatuto. Todavia, é suficiente que o autor esteja consciente que tal ocorrerá numa ordem natural dos acontecimentos para estabelecer a existência do elemento mental. Para além deste facto, a jurisprudência do ICTY no caso *Hadžihasanović & Kubura*²²⁹ afirmou que não é necessário que o superior esteja ciente dos detalhes do crime base.

Um ponto importante, neste primeiro caso, é a relação entre a omissão do superior e o crime base. A jurisprudência do ICTY²³⁰ indicou consistentemente que não há necessariamente uma relação entre a falha do superior e o crime base, facto que parece apontar no sentido de que o superior não pode ser censurado pela conduta criminal do subordinado, nem pelas consequências de tal conduta. Vejamos, todavia que, tal como constatámos na teoria da comparticipação, o elemento subjectivo dos cúmplices, encobridores e colaboradores (assistentes) não coincide necessariamente o elemento subjectivo do autor (basta que conheçam os elementos essenciais do crime cometido – ver Capítulo 4), mas este encontra-se na própria assistência proporcionada e que é suficiente que estes apoiem de modo substancial a preparação/execução do crime. Neste caso, a responsabilidade dos cúmplices, encobridores e colaboradores (assistentes) deriva da conduta do autor assistido e das consequências censuráveis dessa conduta. Este facto demonstra que nem sempre há necessidade de estabelecer uma relação causal entre uma acção e o resultado para determinar a responsabilidade da conduta de um agente.²³¹ Ao contrário da responsabilidade de comando, na comparticipação não há necessidade de demonstrar a existência de um controlo efectivo sobre o autor do crime.²³²

²²⁸ Entende-se por crime base, o crime praticado pelos seus subordinados, dentro da jurisdição do Estatuto e, no caso deste estudo, dentro do tipo do artigo 8º.

²²⁹ IT-01-47 Trial, 25th February 1999, §90.

²³⁰ Em diversos casos, entre eles *Hadžihasanović & Kubura* (IT-01-47) §187., *Halilović Trial Judgment* §78., *Blaškić Appeals Judgment* §77., etc.

²³¹ Volker Nerlic, 2007, *Superior Responsibility under article 28º ICC Statute*, p. 672.

²³² Laurent Semanza, ICTR- 97-20-A, 20th May 2005 §257. – “The Appeals Chamber considers that there is no contradiction. First, the finding at §478 of the Trial Judgment does not relate to the Musha church massacre, but to separate events, namely the



O artigo 28º, alíneas a) e b) exara que o crime base deve resultar da falha do superior exercer um “controlo apropriado”, expressão que sugere quase a existência de um de uma relação causal entre a falha do superior e o crime base. Como muito bem explica Volker Nerlic²³³, tal não significa necessariamente a existência de tal relação causal no sentido em que o crime base é uma consequência da falha do superior, uma vez que o superior não é responsável por colocar em acção os actos mecânicos que dão origem ao crime base, mas tão somente por falhar na sua função de influenciar o comportamento humano. A falha de controlo por parte do superior apenas aumentou o risco de que o crime base fosse efectivamente cometido, numa espécie efeito substancial usado para as figuras dos cúmplices, encobridores e colaboradores. Assim, colocado o problema nesta perspectiva, quando há conhecimento actual antes do facto, a responsabilidade do superior aproxima-se do caso do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto, se aceitarmos que esta assistência pode ser feita, tenho conhecimento e agindo por omissão, numa espécie de willful blindness. As diferenças, porém, são duas: por um lado, no n.º 3 do artigo 25º o efeito substancial é a existência de uma assistência e, neste caso, o efeito substancial é o aumento do risco; por outro, o elemento mental requerido no n.º 3 do artigo 25º é o propósito de facilitar a comissão do crime e, neste caso, é suficiente que o superior esteja consciente que o crime base ocorrerá numa ordem natural dos acontecimentos.

Tais factos parecem apontar no sentido de que, quando há conhecimento actual antes do facto, a responsabilidade do superior antes do facto reside na violação do seu dever de impedir e reprimir o crime que terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos, pelo que este será responsabilizado não só pela conduta mas também pelas consequências dos actos dos seus subordinados, numa aproximação às figuras dos cúmplices, encobridores e colaboradores,

rape of Victim A in Nzige. Second, the Appellant was convicted for having instigated the rape of Victim A. For an accused to be convicted of instigating, it is not necessary to demonstrate that the accused had “effective control” over the perpetrator. The requirement of “effective control” applies in the case of responsibility as a superior under Article 6º (3) of the Statute. In the case at hand, even though the Trial Chamber found that it had not been proven that the Appellant had effective control over others (and thus refused to convict him on the basis of his superior responsibility), this does not mean that the Appellant could not be convicted for instigating. On the evidence presented, the Appeals Chamber is not convinced that the Trial Chamber erred in convicting the Appellant for instigating the rape of Victim A.”

²³³Superior Responsibility un article 28º ICC Statute, p. 673.



no momento em que estes são responsáveis pelo crime cometido pelo autor principal, de modo especialmente atenuado.²³⁴

(2) *“Deveria ter tido conhecimento” e “deveria ter tido em consideração” - responsabilidade antes do facto:* A diferença entre conhecimento actual antes do facto e as figuras do “deveria ter tido conhecimento” e “deveria ter tido em consideração” antes do facto, reside essencialmente no elemento mental relativo ao crime cometido pelos subordinados. Na verdade, enquanto no primeiro caso, o comandante militar/superior tinha conhecimento que os seus subordinados estavam a cometer um crime ou se preparavam para o fazer, no segundo caso, o comandante militar/superior, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter conhecimento ou deveria ter tido em consideração a informação que lhe indicava claramente que tais crimes estavam a ser cometidos pelos seus subordinados ou que estes se preparavam para os cometer. A jurisprudência do ICTY fez um esforço para definir melhor o elemento mental no presente caso em que “deveria ter tido conhecimento” por parte do comandante, no sentido em que a expressão do n.º 3 do artigo 7º do Estatuto do ICTY “*had reason to know*” deveria ser entendido no sentido de o superior não ter considerado a informação que lhe foi apresentada e que apontava para as ofensas cometidas pelos seus subordinados.²³⁵ Tem vindo a ser defendido que o standard “*had reason to know*” do ICTY é o mesmo que “*should have known*” do n.º 1 do artigo 28º do TPI para comandantes militares.²³⁶ Para superiores hierárquicos, todavia, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional introduziu um novo standard nos termos do artigo 28º, alínea b) (i), isto é, o superior não teve em consideração a informação que lhe indicava claramente que os seus subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes.

²³⁴ Utilizamos aqui uma expressão consagrada pelo n.º 2 do artigo 27º do Código Penal Português: “é aplicada ao cúmplice a pena aplicável ao autor, especialmente atenuada”.

²³⁵ Čelebići Appeal Judgement, §241. “The standard as interpreted in the Čelebići Appeal Judgement has been applied in the Bagilishema Appeal Judgement, §42., and in the Krnojelac Appeal Judgement,” §151. Tihomir Blaškić (IT-95-14A) §62. “The Appeals Chamber considers that the Čelebići Appeal Judgement has settled the issue of the interpretation of the standard of “*had reason to know*.” In that judgement, the Appeals Chamber stated that “a superior will be criminally responsible through the principles of superior responsibility only if information was available to him which would have put him on notice of offences committed by subordinates.”

²³⁶ Volker Nerlic, 2007, Superior Responsibility under article 28º ICC Statute, p. 674, citando Kai Ambos em Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, p. 698.



Voltamos a utilizar a figura dos cúmplices, encobridores e colaboradores no sentido de afirmar que o requisito exigido pelo artigo 28º, alíneas a) (i) e b) (i) ser ainda menor, uma vez que no caso do n.º 3 do artigo 25º se exige que os cúmplices, encobridores e colaboradores estejam cientes que os actos por eles praticados assistem a comissão de um crime, ainda que possam não saber precisamente de que crime se trata. Isto é, o n.º 3 do artigo 25º exige algum conhecimento do crime a praticar pelo autor. No caso do artigo 28º, tal conhecimento não é exigido, quer para os comandantes militares, quer ainda para os superiores não militares, ressaltando as diferenças entre os dois standards.

Mas o elemento mental exigido pelo artigo 28º, alíneas a) (i) e b) (i), fora do caso do “teve conhecimento” é ainda menos exigente que o elemento mental do já estudado no Capítulo 3, relativamente ao artigo 30º. Relembramos que os elementos mentais exigidos pelo artigo 30º excluem os crimes negligentes e exigem que os elementos materiais sejam cometidos com intenção e conhecimento (n.º 1 do artigo 30º, in fine na tradução do autor). Ou ainda, de outro modo, exigem vontade em relação à conduta (alínea a) do n.º 2 do artigo 30º) e vontade em relação às consequências ou efeito do crime (alínea b) do n.º 2 do artigo 30º), ainda que, neste segundo caso, seja suficiente que o agente esteja ciente de que o efeito terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos. Ou seja, o standard mental, como já dissemos, requer dolo directo ou necessário, excluindo o dolo eventual. Mas dissemos também anteriormente que o artigo 30º abre a possibilidade de existência de um outro requisito para o elemento mental, uma espécie de excepção ao standard geral por ele estabelecido e que acabámos de rever.

Repare-se bem que a responsabilidade do superior por um crime cometido pelos seus subordinados, quando este mesmo superior “apenas” deveria ter tido conhecimento desse crime, resulta no facto de que o superior é punido por um crime (o crime base) que só pode ser cometido dolosamente, mas cuja violação do dever que o responsabiliza por tal crime só pode ser enquadrada numa violação negligente. Assim, parece ser razoável afirmar que, nesta situação “deveria ter tido conhecimento” e “deveria ter tido em consideração”, o superior seja apenas responsável pelo resultado da conduta do agente do crime seu subordinado mas não



pela conduta do seu subordinado. Volker Nerlic²³⁷ defende que se trata de um caso de responsabilidade paralela dos intervenientes: os subordinados por um lado e o superior por outro. Os subordinados são responsáveis pela sua conduta dolosa e pelas consequências dessa mesma conduta dolosa, enquanto o seu superior é responsável pelas mesmas consequências da acção criminosa efectuada pelos seus subordinados e pela falha negligente em prevenir e reprimir essa mesma acção criminosa. Isto é, neste caso particular, a conduta dos subordinados não pode ser atribuída ao superior e a conduta negligente do superior é permitida pela excepção introduzida pela expressão do artigo 30º: “salvo disposição em contrário” (unless otherwise provided). Uma pequena consideração relativa ao comportamento exigível aos superiores não militares, quando comparados aos comandantes militares. Em ambos os casos se tratam de comportamentos negligentes. Todavia, aos comandantes militares é exigido um maior dever de proactividade, dada a sua condição de militar e de comandantes, uma vez que o legislador internacional consagrou a expressão: “em virtude das circunstâncias do momento deveria ter tido conhecimento”. Pelo contrário, no caso dos superiores hierárquicos não militares o mesmo legislador internacional exarou a fórmula “não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes”. Esta diferença de atitude tem o seu fundamento no próprio conceito de comando por oposição ao conceito de chefia, a que nos referimos no Capítulo 2.

Assim, e voltando à problemática em análise, no caso de um crime de guerra, isto é, por exemplo, de um homicídio doloso perpetrado por um subordinado, o superior pode ser negligentemente responsabilizado pela morte da vítima, uma vez que a falha do superior aumentou o risco de que se produzisse este resultado, mas a conduta dolosa do seu subordinado não lhe poderá ser atribuída pois não há partilha de qualquer elemento mental. Tal construção, ainda segundo Volker Nerlic²³⁸ está em linha com a linguagem o n.º 2 do artigo 86º do PA I, isto é, “o facto de uma infracção às Convenções ou ao presente Protocolo ter sido cometida por um subordinado não isenta os seus superiores da sua responsabilidade

²³⁷ Superior Responsibility under article 28º ICC Statute, 2007, p. 676.

²³⁸ Superior Responsibility under article 28 °ICC Statute, 2007, p. 677.



penal ou disciplinar, consoante o caso, se sabiam ou possuíam informações que permitissem concluir, nas circunstâncias do momento, que aquele subordinado cometia ou ia cometer tal infracção e não haviam tomado todas as medidas praticamente possíveis dentro dos seus poderes para impedir ou reprimir essa infracção (sublinhados do autor)”. Repare-se que o uso de uma fórmula negativa neste artigo sugere que a responsabilidade do superior não deriva necessariamente da conduta do subordinado, mas poderá ser uma responsabilidade paralela, no sentido em que esta é independente da responsabilidade do subordinado. Assim sendo, neste modo de responsabilidade do superior, esta será atenuada relativamente ao conhecimento antes do facto e, se se quiser, poderá aproximar-se da figura de uma responsabilidade semelhante à comissão de um homicídio negligente.²³⁹ Todavia, parece-nos defensável que, nos casos do comandante militar e do superior hierárquico, a culpa negligente seja especialmente atenuada no segundo caso.

(3) “Conhecimento actual” – responsabilidade depois do facto: Este caso só é relevante se, apesar de ter falhado o seu dever de controlo, assumirmos que o superior cumpriu com os seus deveres relativos ao impedir e reprimir a comissão dos crimes através de medidas necessárias e adequadas. Todavia, o superior não sabia que, apesar dos seus esforços, o crime foi, mesmo assim, cometido, e o superior só veio a saber deste facto já depois da sua comissão. Assim, neste tipo de responsabilidade do superior depois do facto, o superior não pode ser responsabilizado pela conduta dos seus subordinados, uma vez que ele não tinha conhecimento que a falha em exercer o controlo adequado resultaria na comissão de um crime, apesar de ter agido como se exige para contrariar a comissão do crime. A ideia central deste tipo de responsabilidade é que a falha em investigar ou levar ao conhecimento das autoridades competentes a comissão do crime pelos seus subordinados não pode ter causado, contribuído ou facilitado o crime, até porque o superior cumpriu todos os deveres a que estava obrigado, excepto o levar ao conhecimento das autoridades competentes. Assim, no nosso ponto de vista,

²³⁹ Volker Nerlic, 2007, *Superior Responsibility under article 28° ICC Statute*, p. 677.



a responsabilidade de comando reside apenas pela sua falha em submeter o assunto ao conhecimento das autoridades competentes.

(4) “Deveria ter tido conhecimento” e “deveria ter tido em consideração” - *responsabilidade depois do facto*: Se construirmos como temos vindo a referir a responsabilidade com base em duas omissões distintas, a responsabilidade neste caso particular encontra-se particularmente simplificada. Tal como no caso anterior, a responsabilidade do comandante e do superior hierárquico reside na sua falha em exercer o controlo efectivo, da qual resultou a comissão do crime praticado pelos seus subordinados, apesar dos seus esforços. Relativamente ao elemento mental, o superior deve conhecer os factos que estabelecem o dever de exercer o controlo e a falha em exercer tal controlo, mas não o crime em concreto que resultou tal falha. Neste caso, tal como no anterior, o superior é apenas responsável pela sua falha em submeter o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, embora de modo mais atenuado.

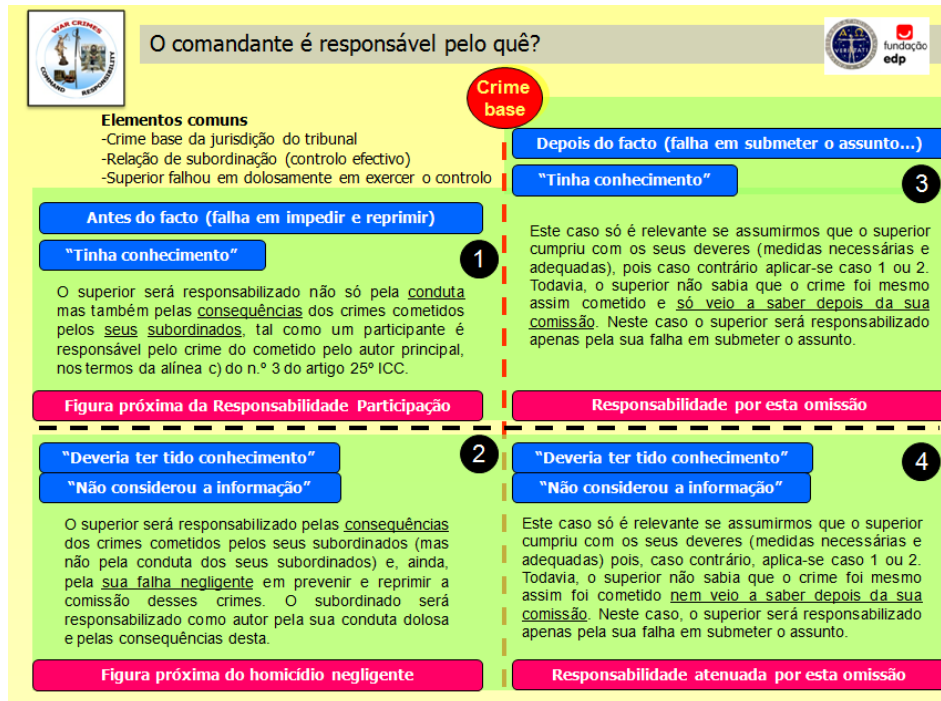
Em conclusão, o Tribunal Penal Internacional na determinação de uma sentença em concreto terá em consideração o grau de participação de um determinado agente bem como a intensidade do seu elemento mental (artigo 145º, n.º 1, alínea c) do ICC RPE).²⁴⁰ No que respeita ao artigo 28º, se o agente for considerado culpado com base no conhecimento – responsabilidade do superior antes do facto, ambos os elementos substantivos e mentais são

²⁴⁰ Rules of Procedure and Evidence Adopted by the Assembly of States Parties, First session, New York, 3-10 September 2002, Official Records ICC-ASP/1/3 [Em Linha][Acesso em 30 de Dezembro de 2009]. http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/F1E0AC1C-A3F3-4A3C-B9A7-B3E8B115E886/140164/Rules_of_procedure_and_evidence_English.pdf
Rule 145 Determination of sentence 1. In its determination of the sentence pursuant to article 78º, paragraph 1, the Court shall: (a) Bear in mind that the totality of any sentence of imprisonment and fine, as the case may be, imposed under article 77º must reflect the culpability of the convicted person; (b) Balance all the relevant factors, including any mitigating and aggravating factors and consider the circumstances both of the convicted person and of the crime; (c) In addition to the factors mentioned in article 78º, paragraph 1, give consideration, inter alia, to the extent of the damage caused, in particular the harm caused to the victims and their families, the nature of the unlawful behaviour and the means employed to execute the crime; the degree of participation of the convicted person; the degree of intent; the circumstances of manner, time and location; and the age, education, social and economic condition of the convicted person. 2. In addition to the factors mentioned above, the Court shall take into account, as appropriate: (a) Mitigating circumstances such as: (i) The circumstances falling short of constituting grounds for exclusion of criminal responsibility, such as substantially diminished mental capacity or duress; (ii) The convicted person's conduct after the act, including any efforts by the person to compensate the victims and any cooperation with the Court; (b) As aggravating circumstances: (i) Any relevant prior criminal convictions for crimes under the jurisdiction of the Court or of a similar nature; (ii) Abuse of power or official capacity; (iii) Commission of the crime where the victim is particularly defenceless; (iv) Commission of the crime with particular cruelty or where there were multiple victims; (v) Commission of the crime for any motive involving discrimination on any of the grounds referred to in article 21º, paragraph 3.



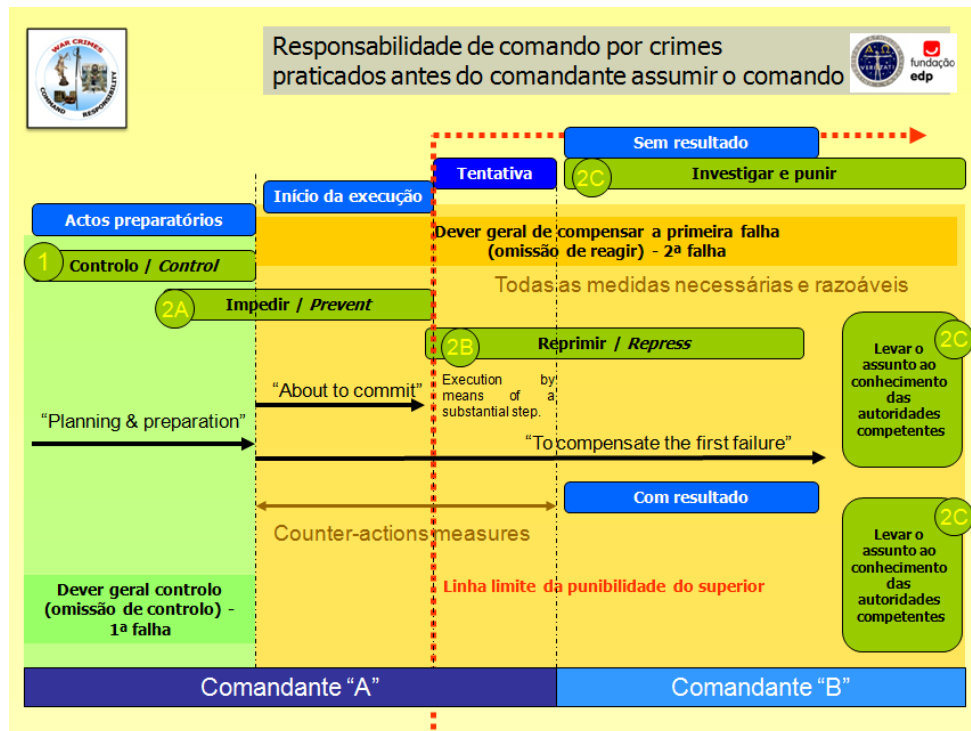
similares à figura do cúmplice prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 25º e, por isso mesmo, o superior militar é responsável quer pela conduta criminosa do seu subordinado, quer pelo resultado dessa mesma conduta. Não fará sentido aqui falar em pena especialmente mitigada, uma vez que não se deve esquecer que a responsabilidade do superior não deriva da execução do crime por si, mas do facto de ter facilitado ou assistido a execução de outro agente seu subordinado, posição para a qual a censurabilidade deve ser maior que um simples cúmplice, uma vez que, como superior, tem uma posição especial, ao passo que um simples cúmplice não surge ligado por qualquer posição especial.

Para o outro caso de responsabilidade antes do facto sem conhecimento, a situação parece ser diferente. O comandante ou superior hierárquico parece apenas poder ser responsável pelas consequências da acção criminosa dos seus subordinados, numa perspectiva de responsabilidade paralela cujo elemento mental se encontra reduzido e onde esta consequência é o resultado não intencional de uma sua falha em agir. Neste caso sim, a medida da pena deverá ser especialmente atenuada, comparativamente à do subordinado, configurando uma responsabilidade próxima do homicídio negligente. Nos casos de responsabilidade depois do facto somos favoráveis a uma responsabilidade baseada apenas na falha da omissão em levar ao conhecimento da autoridade competente. A tabela seguinte procura visualizar sumariamente estas nossas posições:



Referimos no Capítulo 4 que a jurisprudência no caso *Hadžihanović & Kubura* se pronunciou sobre a possibilidade de um comandante ser responsável por crimes cometidos por subordinados seus, antes de este comandante assumir o comando. O Tribunal foi muito claro ao afirmar²⁴¹ que, em princípio, não há responsabilidade de comando por crimes cometidos por subordinados, antes de assumir o comando. Quanto a nós, sendo certo que não há responsabilidade criminal internacional, poderá eventualmente haver outro tipo de responsabilidade. Vamos procurar explicar as razões desta nossa afirmação. Imaginemos a seguinte situação: o comandante A deveria conhecer a existência de um plano dos seus subordinados para executar um crime de guerra. Este comandante falha o seu primeiro dever de controlo (impedir e reprimir) e os seus subordinados colocam em marcha os actos preparatórios e substanciais que executam os actos materiais que consumam o crime planeado. O quadro seguinte associa temporalmente os deveres a que está obrigado um comandante e um cenário de troca de comandantes, num determinado momento:

²⁴¹ Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, *Hadžihanović & Others*, ICTY (IT-01-47A), Appeals Chamber, 16th July 2003.



Nesse mesmo momento, o comandante A, é substituído por um outro comandante B, que vem a conhecer dos actos criminosos praticados por subordinados seus, durante o comando do comandante A. Este comandante B está ainda obrigado ao segundo dever de compensação da primeira falha, falha esta que o comandante A não teve oportunidade de compensar por ter sido exonerado do comando e afastado do cargo. Esta segunda falha constitui ainda um dever do comandante B, no momento em que assume o seu comando e tem conhecimento do crime praticado em momento anterior pelos seus subordinados, na medida que tem o dever de investigar e punir tais acções. O que acontece é que o crime do artigo 28º não tem apenas um dever, mas dois e a responsabilidade que resulta da omissão desses deveres desencadeia-se no momento em que o comandante falha o seu dever de compensação, e não no momento em que este falha o seu dever de controlo. Aparentemente, parece que este segundo comandante teria ainda o dever de comunicar às autoridades competentes o facto, no sentido de compensar a primeira falha. O problema é que a primeira falha que aumentou o risco da comissão do crime foi cometida por outro comandante que não exerceu o dever de compensação. Em princípio, esse primeiro comandante A é que deverá ser internacionalmente responsabilizado, nos termos do Estatuto. Esta eventual segunda falha será relevante para outros tipos de



responsabilidade (como, por exemplo, a disciplinar), mas não em sede do artigo 28º do Estatuto de Roma e de responsabilidade individual internacional, facto que a jurisprudência do ICTY sintetizou do seguinte modo: “As a matter of principle, there is no basis in conventional or customary law for holding a commander criminally responsible for the acts of persons who were not his subordinates when they committed the acts”²⁴².

Ainda importa referir, antes de terminar, algumas notas soltas. Assim, no caso da comissão de crimes por subordinados menores, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 25º, o superior permanece responsável, pela simples razão que os elementos do crime estão preenchidos, só que o Tribunal Penal Internacional não tem jurisdição sobre agentes menores de 18 anos. Tal facto, como afirmámos, não afasta a responsabilidade do superior, uma vez que o crime seja da jurisdição do Tribunal *ratione materiae*, ainda que o Tribunal não tenha jurisdição *ratione personae*, devido à idade do agente.

Quer a execução do crime, quer a tentativa, dão origem à responsabilidade de comando. No caso da tentativa completada pelos seus subordinados, que nos termos da alínea f) do n.º 3 do artigo 25º, pressupõe que todos os elementos mentais estejam completos, mas apenas as consequências do elemento material estejam por realizar, não afasta a responsabilidade do superior. Claro está, que entendemos o conceito de tentativa no mesmo sentido em que o fizemos no Capítulo 4.

As defesas do artigo 31º, aplicadas ao subordinado agente dos crimes, devem ser avaliadas caso a caso, uma vez que nem todas afastam a responsabilidade do superior. Por exemplo, a defesa “necessidade militar” poderá aproveitar a exclusão da responsabilidade do superior, ao passo que a defesa “estado de intoxicação” não nos parece plausível de o poder fazer.

No caso de abandono da tentativa nos termos da alínea f) do n.º 3 do artigo 25º, por parte dos subordinados (embora não acarrete responsabilidade penal para estes) tal facto não afasta a responsabilidade do superior, excepto se este superior tinha conhecimento ou deveria ter conhecimento antes do abandono e havia desencadeado as medidas necessárias e razoáveis

²⁴² *The Prosecutor vs Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura, Interlocutory Appeal on Decision on Joint Challenge to Jurisdiction*, 27th November 2002: Second Ground of Appeal, §123.



para impedir ou reprimir o início da execução da tentativa ou ainda submetido o assunto a autoridade competente. Caso contrário, ele não exerceu os seus deveres de impedir ou reprimir, mas foram os seus subordinados que se impediram a si próprios de completar a tentativa, através do abandono.

Se o superior teve conhecimento ou deveria ter conhecimento depois do abandono, ainda deve levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, pois caso contrário torna-se responsável. As razões por detrás deste argumento baseiam-se no facto de que, como a primeira falha de controlo foi cometida intencionalmente, o superior deve desencadear por todos os meios razoáveis actos de compensação pela sua falha, logo que tenha conhecimento ou deva ter conhecimento dos actos dos seus subordinados. Assim, não deve ser ele a julgar se as actividades dos seus subordinados se tipificam na verdade como abandono²⁴³ e, por isso mesmo, deve submeter o processo à autoridade competente.

O que acabámos de afirmar vai ao encontro da análise que fizemos do dever de controlo, no sentido de saber se um superior que tenha tido sucesso em reprimir os actos dos seus subordinados, impedindo-os de completar a tentativa, permanece ainda, ou não, obrigado ao levar de levar o assunto às autoridades competentes. Pensamos que não, pois os deveres indicados pelo artigo 28º representam três medidas alternativas, no sentido de que cada uma deve ser tomada quando necessária conforme cada caso, facto que suporta a nossa opção pela ideia de deveres independentes, o que não obsta à aplicação de medidas disciplinares ou de outro âmbito numa perspectiva nacional. O superior pode impedir a realização de um plano de acção e assim obstar a comissão do crime, o superior reprimir a tentativa e assim uma vez mais gorar a comissão do crime, que em ambos os casos compensou a sua falha intencional de controlo. Estes casos, que afastam a responsabilidade criminal do superior, podem ser subsumíveis nos termos do artigo 31º, ab initio: “In addition to other ground of excluding criminal responsibility...”.

²⁴³ Otto Triffterer, *Command Responsibility – crimen suis generis or participation as “otherwise provided” in the article 28º Rome Statute*, p. 914.



5.4. Responsabilidade individual directa vs responsabilidade de comando - Monte Cassino revisitado

“... Os Tribunais ad hoc demonstraram uma clara preferência pela primeira...”

Beatrice I. Bonafé²⁴⁴

Aos estudarmos no Capítulo anterior a responsabilidade individual directa e, em particular, a defesa baseada no cumprimento de ordens superiores, fizemo-lo porque nem sempre é clara e inequívoca a linha distintiva entre estes dois tipos de responsabilidade e, portanto, o estudo de cada uma delas deve ser feito sem perder o contacto com a outra. Diríamos mesmo que a compreensão de cada uma destas formas de responsabilização requer o domínio das relações entre elas e, daí, se terem estudado ambas. A prática dos Tribunais Internacionais ad hoc parece afirmar uma certa preferência pela responsabilização com base na responsabilidade individual directa, facto em parte explicado pelo número relativamente limitado de condenações a partir da incriminação pela responsabilidade de comando²⁴⁵.

Nem sempre foi clara, como afirmámos, esta distinção entre os dois tipos de responsabilidade, especialmente pelo facto de, em diferentes ocasiões, a responsabilidade de comando ter parecido implicar a aprovação e, pelo menos, a condescendência do comandante.²⁴⁶ Por exemplo, no caso do General Yamashita, o Tribunal pronunciou-se no sentido que “os crimes foram tão extensivos e frequentes, quer em tempo quer em área geográfica, que deve ter havido, por parte do arguido, ou uma vontade de os permitir ou uma ordem secreta para os realizar (tradução do autor)”²⁴⁷. O que é facto é que, quarenta anos depois de Yamashita, o problema ainda não foi cabalmente clarificado, uma vez que no caso

²⁴⁴ Finding a proper role for command responsibility, p. 611.

²⁴⁵ Tendo em consideração dados de Julho de 2007, dos 99 indivíduos acusados pelos ICTY (66) e ICTR (33), apenas 54 foram julgados com base na «responsabilidade de comando» e, destes, apenas 10 foram condenados. Estes números não incluem aqueles que foram condenados com base na responsabilidade individual e na «responsabilidade de comando», como foram os casos de Kayishema, Musema, Barayagwiza e Nahimana.

²⁴⁶ Beatrice I. Bonafé, Finding a proper role for command responsibility, p. 611.

²⁴⁷ Yamashita case US Military Commission, Manila, In re Yamashita, judgment of 7th December 1945, International Law Review, vol. 13, 255 e US Supreme Court, judgment of 4th February 1946, International Law Review, vol. 13, 269. Texto original: “the crimes were so extensive and widespread, both as to time and area, that they must either have been wilfully permitted by the accused, or secretly ordered by him”.



*Kayishema e Ruzindana*²⁴⁸, julgado pelo ICTR em 1999, este considerou que apenas tinha que demonstrar a existência de uma relação superior-subordinado, considerando evidente que o arguido sabia ou tinha motivos para saber dos crimes, uma vez que tinham sido cometidos por ordem sua. Uma análise da condição relativa às medidas necessárias e razoáveis para impedir que a ofensa criminal ou para punir o agente, foi considerada desnecessária. Assim, por outras palavras, a responsabilidade de comando foi largamente inferida da responsabilidade directa, facto que não ajuda a uma distinção clara.

Entretanto, o ICTY, no caso *Kamuhanda*, afirmou que “uma posição de autoridade com a finalidade de emanar ordens no contexto do n.º 1 do artigo 6º não é sinónimo da existência de um controlo efectivo para a atribuição de responsabilidade na perspectiva do n.º 3 do artigo 6º”.²⁴⁹ Também o ICTY, no caso *Strugar*²⁵⁰, reiterou a ideia de que emanar ordens dá origem a uma forma de responsabilidade que requer, no momento da ofensa, que o arguido detenha autoridade para emanar ordens que vinculem os executores materiais, esclarecendo que não é necessária a existência de uma relação formal superior-subordinado.

Existe responsabilidade de comando quando um comandante não puder ser responsabilizado por outras formas de responsabilidade, designadamente pela sua acção e/ou participação e a censurabilidade a atribuir ao seu comportamento omissivo resultar da violação de certos deveres enquanto comandante, no sentido em que esta violação cria condições para a prática do ilícito. Isto é, ordenar a execução de crimes poderá subsumir-se na figura da responsabilidade directa em que o autor pratica o acto através de outro, existindo ou não entre eles uma relação hierárquica de controlo efectivo, ou através de uma responsabilidade pela participação em que este exerce uma influência para a prática do facto. Assim, podemos considerar que a responsabilidade individual criminal directa e indirecta centra-se na conduta pessoal do agente e, eventualmente, na relação criminal (não na relação hierárquica) deste, com os executantes materiais do ilícito criminal. Diversamente, a responsabilidade de comando baseia-se na relação hierárquica entre o executante material do

²⁴⁸ ICTR-01-67, Maio de 1999.

²⁴⁹ *Kamuhanda*, ICTR-99-54, January 2004, §612.

²⁵⁰ *Strugar* IT-01-42, January 2005, §331.



crime e o seu superior, bem como na falha deste último em executar o controlo efectivo do primeiro e no poder ou na capacidade do superior para impedir ou punir eventuais ilícitos criminais e não na individual enquanto agente com os seus subordinados executantes criminais.²⁵¹ Pode, no entanto, acontecer, como já aconteceu, que um determinado agente seja acusado dos dois tipos de responsabilidade ao mesmo tempo, isto é da responsabilidade individual directa/indirecta e da responsabilidade de comando, uma vez que estas não são mutuamente exclusivas. Neste caso, parece poder-se concluir, tendo em consideração a prática dos Tribunais *ad hoc*, que há uma preferência pelas incriminações com base na responsabilidade directa, até pela própria natureza da responsabilidade de comando, a que já fizemos referência em momento anterior. Todavia, os casos *Karadžić*, *Mladić*, *Krnjelac* e *Blaškić* esclareceram a questão do seguinte modo: “não é apropriado qualquer condenação simultânea nos termos do n.º 1 do artigo 7º (responsabilidade individual) e nos termos do n.º 3 do mesmo artigo (responsabilidade de comando) ... o tribunal deve condenar apenas com base no n.º 1 do artigo 7º e, considerar a posição de superioridade do arguido, como uma agravante da sentença (tradução do autor)”.²⁵²

Esta decisão não surpreende e pensamos que não poderia ser de outro modo. Na realidade, esta solução reside no facto de a responsabilidade directa absorver, em larga medida, a responsabilidade de comando. Por hipótese, se for possível estabelecer que um comandante participou fisicamente na comissão de um crime e que possui o requisito *mens rea*, para o condenar por responsabilidade directa e ainda por responsabilidade de comando, então teria ainda que ser necessário estabelecer adicionalmente a existência da relação superior-subordinado. Foi isso que, sucintamente, o Tribunal estabeleceu no caso *Kristić*, nos seguintes termos: “toda a responsabilidade atribuível nos termos do n.º 3 do artigo 7º é subsumível no n.º 1 do artigo 7º”²⁵³.

Podemos agora mais facilmente compreender a preferência pela responsabilidade directa em detrimento da responsabilidade de comando, uma vez que o elemento essencial

²⁵¹ Não exactamente coincidente com a posição de Beatrice I. Bonafé, *Finding a proper role for command responsibility*, p. 612.

²⁵² *Blaškić* IT-95-14, Appeals Chamber, July 2004, § 91.

²⁵³ *Kristić* IT-98-33-T, Trial Chamber, August 2001, §605.



relativo à conduta do arguido se pode demonstrar “apenas” pela sua participação como co-autor, autor mediato, instigador, cúmplice ou encobridor, ou ainda participante numa associação criminosa, factos que consomem uma outra possível forma de responsabilidade, a responsabilidade de comando cuja censurabilidade resulta da violação de certos deveres enquanto comandante. Convidamos o leitor a participar numa experiência académica, com vista a aplicação dos conceitos de responsabilidade individual e de responsabilidade de comando, com base num facto histórico bem conhecido. Assim, podemos imaginar que os acontecimentos que levaram à destruição pela quarta vez na sua história da Abadia de Monte Cassino em 15 de Fevereiro de 1944²⁵⁴, tinham sido precisamente os mesmos, mas apenas diferidos no tempo de modo que, por um mero exercício de imaginação, tenham tido lugar recentemente. Convidamos também a supor que todos os Estados Aliados que participaram na Operação Avenger²⁵⁵, tinham aceite a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, apenas para efeitos de atribuição de responsabilidade internacional, deixando de fora o princípio da complementaridade (artigo 17º). Mario Canciani afirma que: “a responsabilidade da destruição²⁵⁶ da Abadia do Monte Cassino é do General Bernard Freyberg, Comandante do 2º Corpo Expedicionário Neozelandês... (tradução do autor)”.²⁵⁷

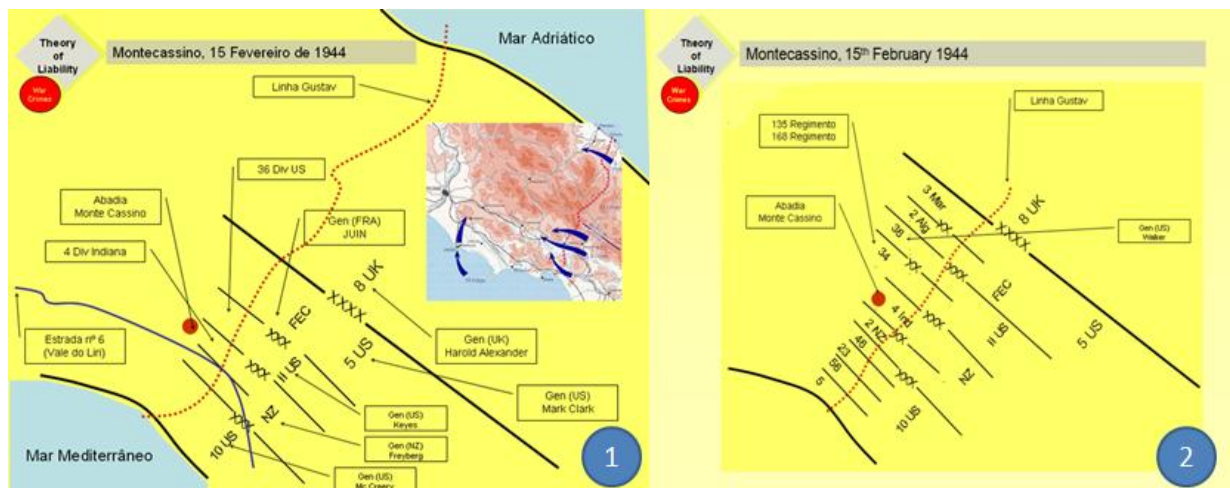
Os factos relevantes para a análise imaginária que propomos podem descrever-se em poucas palavras com a ajuda gráfica dos quadros seguintes que fornecem a situação no terreno das forças aliadas em 15 de Fevereiro de 1944:

²⁵⁴ Durante a campanha de Itália na II Guerra Mundial.

²⁵⁵ Nome de código da operação na qual foi destruída a Abadia de Monte Cassino.

²⁵⁶ Refere-se, por certo, à responsabilidade directa pela sua destruição através de um bombardeamento aéreo das forças aliadas.

²⁵⁷ *Il Fronte di Cassino*, 2004, p. 166.



Na preparação da 2ª Batalha de Monte Cassino foi dada a missão à 4ª Divisão Indiana, sob o comando do Major-General Francis Tuker (Reino Unido), de conduzir o assalto à colina onde se localizava a Abadia do Monte Cassino.²⁵⁸ No seu estudo de situação, e na falta de melhores informações do seu escalão superior, baseou a sua análise do problema da Abadia num livro que encontrou numa livraria em Nápoles datado de 1879, onde se descreviam os detalhes da construção da mesma. No seu relatório para o seu comandante imediato, o General Neozelandês Bernard Freyberg, concluiu que, independentemente da Abadia do Monte Cassino estar ou não ocupada pelas forças alemãs²⁵⁹, esta deveria ser demolida (no original “demolished”) para evitar a sua utilização pelo inimigo. Neste seu relatório, forneceu mesmo a sugestão de utilização de bombas de 1000 libras pelas aeronaves aliadas, uma vez que as paredes da Abadia tinham, segundo ele, cerca de 3m de largura. Em 11 de Fevereiro de 1944,²⁶⁰ o comandante substituto²⁶¹ da 4ª Divisão Indiana, o Brigadeiro

²⁵⁸ Em 4 de Fevereiro de 1944, o Regimento Americano nº 135 estava a menos de 1000m da Abadia. Nessa altura, devido a acção do inimigo, começaram a sofrer pesadas baixas. Em 12 de Fevereiro, a 4ª Divisão Indiana efectuou um movimento para a frente e substituiu os regimentos americanos nº 135 e 168. EUROFOR, Estudos de campo sobre a Batalha de Monte Cassino, Briefing oral proferido em 12 de Junho de 2009.

²⁵⁹ A Abadia de Monte Cassino, no momento do ataque, não estava ocupada por forças alemãs, mas por civis que se haviam refugiado na Abadia na esperança deste local ser respeitado, tendo em conta o acordo entre a Santa Sé e as forças alemãs. Segundo o Testemunho de D. Germano, Padre Beneditino com que o autor conversou, os alemães respeitaram de facto esse acordo, até ao dia 16 de Fevereiro de 1944, não tendo utilizado a Abadia, mas apenas instalado alguns depósitos de munições a cerca de 50m do seu perímetro. No dia 16 de Fevereiro de 1944, as forças alemãs ocuparam os escombros da Abadia para aí organizarem as suas posições defensivas. Mario Canciani, *Il Fronte di Cassino*, 2004, p. 166 afirma a existência desse mesmo acordo, estimando em 250 civis o número de pessoas que se encontravam no interior da Abadia no momento do ataque. O Jornal *Il Gazzettino del Lazio* noticiou a existência na Abadia de crianças, mulheres, idosos e doentes. Mario Canciani, *Il Fronte di Cassino*, 2004, p. 167, citando o General Alemão Senger, confirma a ocupação das ruínas da Abadia pelas forças alemãs, depois do bombardeamento.

²⁶⁰ Mario Canciani, *Il Fronte di Cassino*, 2004, p. 114.

²⁶¹ O Major-General Britânico Francis Tuker, comandante da unidade, (que se comportava de modo particular, uma vez que só recebia ordens do seu governo e não do seu superior hierárquico) reiterou este pedido da sua cama de hospital localizado em Caserta



Harry W. Dimoline, solicitou formalmente a destruição da Abadia. No dia 12 de Fevereiro, o General Neozelandês Bernard Freyberg transmitiu o pedido de destruição da Abadia ao seu superior, o Tenente-General Mark W. Clark, Comandante do 5º Exército Americano. Uma vez que este estava de visita ao VI Corpo US na Baía de Anzio, o processo foi conduzido pelo seu Chefe de Estado-Maior, o Major-General Alfred Gruenther, que havia já trocado algumas ideias com o General (US) Fred. L. Walker, Comandante da 36ª Divisão Americana, sobre o assunto. O General (US) Clark, o seu Chefe do Estado-Maior, o General (US) Gruenther²⁶² e o General (US) Fred. L. Walker não estavam convencidos da necessidade militar que possibilitaria a destruição “legal” da Abadia, uma vez que o fogo inimigo vinha sempre das encostas do Monte Cassino e não do local onde se encontrava a Abadia. O problema foi colocado ao Comandante dos Exércitos Aliados em Itália, o General (UK) Sir Harold Alexander²⁶³, por ter sido considerado com impacto a nível operacional (ou da campanha). No dia 12 de Fevereiro de 1944, às 15h30, o General A. F. Harding, Chefe do Estado-Maior do General Harold Alexander e o próprio General Harold Alexander visitaram o General Freyberg dando-lhe o seu acordo para a operação, desde que este considerasse que era um caso de “necessidade militar”.²⁶⁴ Mario Canciani considera que esta decisão foi tomada, não por razões ligadas à necessidade militar, mas apenas para “evitar complicações diplomáticas entre Churchill e Roosevelt (tradução do autor)”²⁶⁵. No dia 14 de Fevereiro de 1944, foram lançados panfletos de aviso do bombardeamento e no dia 15 de Fevereiro de 1944, dois dias antes da data prevista, 255 aeronaves lançaram 442 toneladas de bombas sobre a Abadia de Monte Cassino,²⁶⁶ provocando um elevando número de vítimas civis e também entre as tropas aliadas. Sua Santidade, o Papa XII, através do Secretário de Estado

(Sul de Itália), uma vez que sofria de uma forte febre tropical. Mario Canciani, *Il Fronte di Cassino*, 2004, p. 113 e EUROFOR, *Estudos de campo sobre a Batalha de Monte Cassino*, Briefing oral proferido em 11 de Junho de 2009.

²⁶² O General Gruenther estava especialmente preocupado com a possibilidade de existência de civis na Abadia, tendo informação segura de que as posições alemãs se encontravam próximo da Abadia, mas não no seu interior.

²⁶³ Mario Canciani, *Il Fronte di Cassino*, 2004, p. 215.

²⁶⁴ De acordo com Mario Canciani, *Il Fronte di Cassino*, 2004, p. 130 a ordem foi assinada pelo Major Stephen W. Henry oficial de operações do US Fifth Wing. O relatório de informações (Ordem de Operações 341 – Anexo de Informações) assinado pelo Tenente-Coronel Arthur Clark afirma: “This Monastery MUST be destroyed and everyone in it as there is no one in it but Germans.” – p. 14, linha 28.

²⁶⁵ Mario Canciani, *Il Fronte di Cassino*, 2004, p. 166.

²⁶⁶ Mario Canciani, *Il Fronte di Cassino*, 2004, p. 141.



da Santa Sé, o Cardeal Luigi Maglione, classificou esta acção como: “a colossal blunder . . . a piece of a gross stupidity”.²⁶⁷

Ao contrário de Mario Canciani, não podemos afirmar tão imediatamente que a responsabilidade da destruição da Abadia de Monte Cassino é do General Bernard Freyberg. Mesmo partindo do princípio de que não havia necessidade militar²⁶⁸ e que, de facto, o General Harold Alexander deu a ordem de bombardeamento da Abadia do Monte Cassino, a determinação da eventual responsabilidade criminal internacional carece de método. O que nos interessa neste exercício imaginário é o confronto hipotético de vários tipos de responsabilidade e o método a utilizar nessa determinação. As soluções efectivas não são importantes de momento, servem apenas para identificar as relações entre os diversos tipos de responsabilidade. A tabela seguinte procura sintetizar uma possível análise, ponderando o confronto entre responsabilidade individual, responsabilidade de comando e eventual responsabilidade de staff:

²⁶⁷ “Um erro colossal... uma brutal estupidez” (tradução do autor).

²⁶⁸ O tema da necessidade militar foge ao âmbito do nosso estudo e é um tema extenso e complexo. Todavia, para mais detalhes recomenda-se uma leitura de Paul Christopher – *The Ethics of War & Peace: an introduction to legal and moral issues*, 3rd ed., Pearson, New Jersey, 2004, p. 148.

<i>Interveniente</i>	<i>Pistas para a determinação da responsabilidade criminal</i>
<i>General Eisenhower (comandante das forças aliadas) ou outros superiores do General Alexander, designadamente personalidades civis (políticas)</i>	<i>Dando com certo o facto (não confirmado) de que não deram qualquer instrução no sentido do bombardeamento, averiguar a existência de uma responsabilidade de comando e de eventuais outros superiores hierárquicos.</i>
<i>General Harold Alexander</i>	<i>Averiguar da sua responsabilidade individual (directa/participação) e só depois, se necessário, estudar a possibilidade de responsabilização pela figura da responsabilidade de comando, desde que os grupos de aeronaves que efectuaram o bombardeamento estivessem sob o seu controlo efectivo.</i>
<i>General A. F. Harding</i>	<i>Não há responsabilidade internacional criminal de staff, eventualmente responsabilidade nacional criminal, ou de natureza disciplinar.</i>
<i>Tenente-General Mark Clark</i>	<i>No caso da existência de uma eventual responsabilidade individual do General Harold Alexander, averiguar uma eventual responsabilidade individual pela participação ou cumplicidade.</i>
<i>Major-General Alfred Gruenther</i>	<i>Não há responsabilidade internacional criminal de staff, eventualmente responsabilidade nacional criminal, ou de natureza disciplinar.</i>
<i>General Fred. L. Walker</i>	<i>Não aplicável (fora da cadeia do crime)</i>
<i>General Bernard Freyberg</i>	<i>Não aplicável (oficiais subalternos o titular da decisão que se limitaram a fazer propostas, a apoiar a decisão, mas que não detinham capacidade de decisão).</i>
<i>Major-General Francis Tuker</i>	
<i>Brigadeiro Harry Dimoline</i>	
<i>Major Stephen W. Henry</i>	<i>Não há responsabilidade internacional criminal de staff, eventualmente responsabilidade nacional criminal, ou de natureza disciplinar. Um oficial de Estado-Maior assina uma ordem em nome do comandante, pois ele próprio não detém qualquer competência pessoal para o fazer.</i>
<i>Tenente-Coronel Arthur M. Clark</i>	<i>Não há responsabilidade internacional criminal de staff, eventualmente responsabilidade nacional criminal, ou de natureza disciplinar.</i>
<i>Comandantes dos grupos de aeronaves</i>	<i>Averiguar da sua responsabilidade individual (directa/participação) em cumprimento de ordens superiores.</i>

Ao longo de uma cadeia de comando como a que nos servimos no exemplo, face a um determinado ilícito criminal, importa determinar a responsabilidade que aproveita a cada um dos intervenientes, tendo em consideração a cadeia do crime (a sua relação directa ou indirecta com os factos). Essa responsabilidade pode não se esgotar na determinação da responsabilidade internacional, mas é possível que se estenda a outros tipo de responsabilidade, designadamente para aqueles que detiveram meras funções de staff. Para cada um dos intervenientes importa determinar, em primeiro lugar, a existência de uma responsabilidade individual subsumível numa das várias modalidades do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e só depois avaliar a responsabilidade nos termos do artigo 28º.



5.5. – Responsabilidade de comando vs responsabilidade por associação criminosa

“Joint criminal enterprise complicity is a way of imputing guilt to a person who participates in a form of collective criminal activity.”

William A Schabas²⁶⁹

Quer a responsabilidade de comando quer a responsabilidade por co-autoria uma associação criminosa são noções elaboradas para lidar com crimes colectivos, como já vimos no Capítulo 3. Todavia, no caso da joint criminal enterprise, vários co-autores podem ser considerados culpados de crimes internacionais, cometidos por outros agentes, desde que seja possível determinar a existência de uma pluralidade de agentes que se articularam com vista à comissão de um outro crime, a participação do arguido na concepção dum conceito de acção comum relativamente a esse primeiro crime e ainda a partilha da mesma intenção criminosa e desde que esse outro crime fosse previsível. Na verdade, numa associação criminosa os elementos de responsabilização são os seguintes: (i) existir uma pluralidade de autores, (ii) existir uma certa organização (an arrangement) anterior à comissão do crime, (iii) participação do arguido no plano de acção (common design) e, finalmente (iv) partilha do mens rea entre todos os autores.

Se é verdade que a figura da responsabilidade de comando oferece uma possibilidade única para uma justiça penal, no sentido da responsabilização dos líderes durante conflitos armados, sempre que não seja possível provar a existência de ordens para a comissão de certos crimes, também é verdade que a figura da associação criminosa, figura esta que não consta do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, poderá ela própria oferecer uma outra forma de justiça penal, no sentido em que “o arguido poderá ser responsabilizado não apenas pelos crimes que cometeu com dolo, mas também por aqueles cometidos por outros e que para os quais o arguido não se determinou quanto ao dolo, desde que estes fossem uma consequência

²⁶⁹ *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, p. 1030.



natural e previsível, de um objectivo comum”²⁷⁰. A censurabilidade, neste caso, assenta no aumento do risco.

No caso *Druško, Tadić, IT-94-1-A*, o Tribunal exarou que, embora esta situação de associação criminosa não tenha sido prevista, é “justo concluir que o Estatuto (ICTY) não pode confinar-se a uma jurisdição sobre pessoas que planearam, instigaram, ordenaram e cometeram fisicamente um crime ou por outro lado ajudaram ou encobriram o seu planeamento, preparação ou execução”.²⁷¹ Todavia, o Estatuto não refere os elementos subjectivos e objectivos desta categoria de crimes, pelo que tais elementos devem ser identificados a partir do costume internacional.²⁷² Este mesmo Tribunal, tal como já referimos no Capítulo 3, define entre os §195 e §204, 3 tipos de crimes colectivos: comissão conjunta (joint or co-perpetration), campos de concentração e associações criminosas. Neste último caso, fornece um exemplo muito esclarecedor: “Uma intenção partilhada por parte de um grupo de, pela força, retirar os habitantes de uma determinada etnia de uma cidade, aldeia ou região (no sentido de limpeza étnica) com as previsíveis consequências de que, através desta acção, uma ou mais pessoas seriam abatidas. Na verdade, o assassinio destas pessoas não foi explicitamente acordado como uma parte da intenção comum, mas essa consequência de

²⁷⁰ William A. Schabas, *Mens rea and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, p. 1030.

²⁷¹ *Druško, Tadić, IT-94-1-A, Appeal Judgment*, 15th July 1999, §190. “It should be noted that this notion is spelled out in the Secretary General’s Report, according to which: The Secretary-General believes that all persons who participate in the planning, preparation or execution of serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia are individually responsible for such violations. Thus, all those who have engaged in serious violations of international humanitarian law, whatever the manner in which they may have perpetrated, or participated in the perpetration of those violations, must be brought to justice. If this is so, it is fair to conclude that the Statute does not confine itself to providing for jurisdiction over those persons who plan, instigate, order, physically perpetrate a crime or otherwise aid and abet in its planning, preparation or execution. The Statute does not stop there. It does not exclude those modes of participating in the commission of crimes which occur where several persons having a common purpose embark on criminal activity that is then carried out either jointly or by some members of this plurality of persons. Whoever contributes to the commission of crimes by the group of persons or some members of the group, in execution of a common criminal purpose, may be held to be criminally liable, subject to certain conditions, which are specified below. §191. The above interpretation is not only dictated by the object and purpose of the Statute but is also warranted by the very nature of many international crimes which are committed most commonly in wartime situations. Most of the time these crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design. Although only some members of the group may physically perpetrate the criminal act (murder, extermination, wanton destruction of cities, towns or villages, etc.), the participation and contribution of the other members of the group is often vital in facilitating the commission of the offence in question. It follows that the moral gravity of such participation is often no less – or indeed no different – from that of those actually carrying out the acts in question”.

²⁷² *Druško, Tadić, IT-94-1-A, Appeal Judgment*, 15th July 1999, §194. “However, the Tribunal’s Statute does not specify (either expressly or by implication) the objective and subjective elements (actus reus and mens rea) of this category of collective criminality. To identify these elements one must turn to customary international law. Customary rules on this matter are discernible on the basis of various elements: chiefly case law and a few instances of international legislation”.



retirada pela força de pessoas baseada em critérios étnicos, resultaria naturalmente na morte de não combatentes civis... Neste caso, a responsabilidade criminal poderá ser imputada a todos os participantes da “common enterprise” onde o risco de assassinato era previsível por todos, como uma consequência da execução de um plano comum e onde cada um dos arguidos se apresentou indiferente esse mesmo risco”.²⁷³

Em Agosto de 2001, Radovan Krstic foi condenado através do enquadramento do seu comportamento numa associação criminosa para cometer genocídio relativamente ao massacre de Srebrenica em Julho de 1995. O Tribunal declarou que “... Krstic apenas podia admitir/supor/adivinhar/antecipar²⁷⁴ que o plano original de limpeza étnica, através de uma transferência forçada, tinha degenerado num plano letal para destruir a população masculina de Srebrenica de uma vez por todas (tradução do autor)²⁷⁵”. Assim, poderemos concluir que, entre as figuras da associação criminosa e da responsabilidade de comando, há efectivamente diferenças. Expliquemos melhor; há aspectos que diferenciam a joint criminal enterprise da responsabilidade de comando. O primeiro é a exigência da participação directa do arguido no plano do crime-base (no caso das associações criminosas), a segunda é a exigência de uma especial relação entre dois agentes (superior e subordinado no caso da responsabilidade de comando) e a terceira, é que, na responsabilidade de comando, não há, como vimos, partilha do elemento subjectivo entre o superior e o agente do crime. Mas vejamos a tabela seguinte, onde procuramos evidenciar que, na figura da associação criminosa há partilha do elemento mental relativamente ao plano inicial. Nela poderemos observar também que, em ambos os casos, parece poder ter lugar uma responsabilização baseada na negligência, uma vez, que em ambos os casos, o agente não actua de uma maneira razoável, quer pela atitude que toma com a

²⁷³ Druško, Tadić, IT-94-1-A, Appeal Judgment, 15th July 1999, §204. “The third category concerns cases involving a common design to pursue one course of conduct where one of the perpetrators commits an act which, while outside the common design, was nevertheless a natural and foreseeable consequence of the effecting of that common purpose. An example of this would be a common, shared intention on the part of a group to forcibly remove members of one ethnicity from their town, village or region (to effect “ethnic cleansing”) with the consequence that, in the course of doing so, one or more of the victims is shot and killed. While murder may not have been explicitly acknowledged to be part of the common design, it was nevertheless foreseeable that the forcible removal of civilians at gunpoint might well result in the deaths of one or more of those civilians. Criminal responsibility may be imputed to all participants within the common enterprise where the risk of death occurring was both a predictable consequence of the execution of the common design and the accused was either reckless or indifferent to that risk...”

²⁷⁴ “Surmise” no original.

²⁷⁵ Krstic, IT-98-33-T, trial Judgment, 2nd Aug 2001, §622.

informação de que dispõe, quer ainda pela inacção face ao risco previsível e natural da ocorrência de crimes:

Comparação entre os crimes Associação Criminosa e Responsabilidade de Comando		
	Associação Criminosa	Responsabilidade de Comando
Objectivo	Participação num plano de acção para a realização de um acto criminoso... Produção de um outro acto criminoso por outros agentes que não o arguido, fora do plano, como uma consequência previsível como efeito do plano de acção criminoso.	... pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças ... não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes..... Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes..... crimes da competência do tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando.
Subjectivo	Intenção de tomar parte no plano de acção... Partilha da intenção de um plano de acção para a realização de um acto criminoso... antevisão da possibilidade de outros praticarem crimes fora do plano inicial, mas como uma consequência natural e previsível deste mesmo plano criminoso.	O superior viola dolosamente o dever de controlo e... tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento... mas não partilha o elemento subjectivo do crime do subordinado.
Comuns	Uma forma de responsabilidade por actos criminosos cujo agente não tem uma intenção directa em produzir. Todavia, a negligência grosseira (quando muito o dolo eventual) basta para a responsabilização, uma vez consciente sobre uma consequência necessária da sua participação/omissão, o agente decide não alterar a sua conduta.	

5.6. A relevância da qualidade do agente (*rationae personae*)

"The soldier, be he friend or foe, is charged with the protection of the weak and unarmed. It is the very essence and reason for his being. When he violates this sacred trust, he not only profanes his entire cult but threatens the very fabric of international society. The traditions of fighting men are long and honourable. They are based upon the noblest of human traits – sacrifice".

General Douglas MacArthur²⁷⁶

O contexto em que decorre o nosso estudo articula-se em quatro diferentes situações, organizadas em dois grandes grupos, em que a qualidade do agente pode ser relevante: o primeiro grupo compreende os agentes do Estado ou de certas organizações inter-estaduais, como são os agentes com estatuto diplomático, comandantes militares dos exércitos regulares

²⁷⁶ Ao confirmar a pena de morte imposta pela United States Military Commission no caso do General Tomoyuki Yamashita (1946) – citação retirada de James Paul Benoit – *The Evolution of Universal Jurisdiction over War Crimes*, p.265, HeinOnline.



(táticos/operacionais e executivos)²⁷⁷ e os superiores hierárquicos não militares; o segundo contempla os superiores hierárquicos não afiliados no Estado como, por exemplo as empresas militares privadas e, no limite, as empresas privadas de segurança a operarem num contexto de conflito armado. Por estudar ficam necessariamente os casos particulares da Legião Francesa, da Guarda Suíça do Vaticano e dos Gurcas Nepaleses nos Exércitos Britânico e Indiano, as guerrilhas ou forças irregulares e os grupos terroristas, que pela sua natureza particular não serão objecto de análise.

Antes de entrarmos no estudo da responsabilidade dos outros superiores não militares integrados em estruturas do Estado, cumpre deixar a importante referência a Sandhiya Singh que, entre os diversos estudos que fizemos, teve o condão de nos mostrar a verdadeira problemática deste assunto. Numa sua citação refere o seguinte: "... a justiça é cega, é uma afirmação que é entendida como não fazendo discriminação através de uma aplicação de modo semelhante da todos os indivíduos. No campo do direito internacional esta mesma expressão poderá ser entendida de modo diferente: a justiça não vê o mal que alguns homens fazem, pelo menos no que respeita aos líderes do mundo (tradução do autor)".²⁷⁸ De facto, esta citação traduz a essência da problemática do conceito de responsabilidade de comando e da sua aplicação, unanimemente reconhecida, aos civis e em particular aos líderes políticos. Procuraremos reforçar a nossa adesão a tal afirmação, no decorrer do ponto seguinte. Assim, vejamos em detalhe, a responsabilidade dos outros superiores não militares integrados nas estruturas do Estado e, seguidamente, o caso daqueles que não se encontram integrados em tais estruturas.

²⁷⁷ Escalões de comando, relações de comando e tipos de comando são conceitos diferentes que, por vezes, usam nas diferentes definições expressões similares. Escalões de comando representam diferentes níveis a que é exercido um comando (por exemplo, tático, operacional e estratégico – ver Capítulo 2); As relações de comando representam o modo como dois comandantes se relacionam entre eles, especificando as competências que pertencem a cada um deles (por exemplo: comando operacional e comando completo); e finalmente, tipos de comando referem-se à natureza de um comando em si, isto é, se se trata de um comando de unidades ou de uma determinada zona territorial (por exemplo, comando tático, operacional ou executivo). Podem também ser designados por "field/operational commanders" ou ainda por "occupation/executive commanders".

²⁷⁸ Command Responsibility of Military and Civilian Superiors: an Examination of International Judicial Decisions, African Yearbook on International Law, 2006, p. 42.

5.6.1. A responsabilidade dos outros superiores integrados em estruturas do Estado

“The ad hoc Tribunals have upheld a broad notion of command responsibility to include non-military superiors”.

Beatrice I. Bonafé²⁷⁹

Antes de entrarmos na verdadeira análise das questões que se levantam a este propósito, urge visitar o artigo 28º do Estatuto de Roma em detalhe, sob uma perspectiva particular. A tabela seguinte tem como finalidade facilitar essa nova abordagem, especialmente atenta à comparação entre as alíneas a) e b) deste artigo 28º.

	A responsabilidade dos superiores não militares nos termos do artigo 28º do Estatuto de Roma	
N.º 15 — 18 de Janeiro de 2002	DIÁRIO DA REPÚBLICA — I SÉRIE-A	404 405
a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando: i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal;		b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob à sua autoridade e controlo efectivos, pelo facto de não ter exercido um controlo apropriado sobre esses subordinados, quando: i) O superior hierárquico teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes; ii) Esses crimes estavam relacionados com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos; e iii) O superior hierárquico não adoptou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Uma análise comparada da alínea a) da tradução portuguesa (correspondente à alínea 1) do texto original) e da alínea b) da tradução portuguesa (correspondente à alínea 2) do texto original) leva-nos à conclusão que a alínea a) se aplica aos chefes militares e a outros

²⁷⁹ Finding a proper role for command responsibility, p. 605.



indivíduos actuando efectivamente como tal, isto é, outros civis ou militares.²⁸⁰ Mas não inclui todos os militares actuando efectivamente como comandantes, uma vez que os crimes têm de ser cometidos por “forças” (militares), isto é, se os crimes forem cometidos por civis sob a autoridade de um comandante militar, esta primeira alínea não pode aplicar-se. É precisamente por esta razão que a alínea b) está construída para todos os outros casos, isto é, aplica-se exclusivamente aos indivíduos não incluídos na primeira categoria, isto é destina-se a superiores hierárquicos.²⁸¹ Esta interpretação, aliás, concorda com as expressões seguintes (na alínea a)), ao se distinguir “comando e controlo efectivos” ou “autoridade e controlo efectivos”, uma vez que só aos militares e, em particular, a forças militares, se aplica o conceito de comando a que nos referimos no Capítulo 2. Quando estendemos a análise à alínea b), verificamos que a expressão “autoridade e controlo efectivos” se manteve, como aliás se esperava, tendo o legislador internacional tido o cuidado de substituir a expressão “forças” por “subordinados”, uma vez que só o conceito de comando se aplica a forças. Para além destes elementos, verificamos que o legislador internacional foi ainda mais além, introduzindo uma nova subalínea (artigo 28º, alínea b) (ii) na versão portuguesa ou artigo 28º, alínea 2), (b), na versão original). Esta nova subalínea fornece um outro nível de confirmação entre o campo de aplicabilidade, uma vez que através dele se distinguem as relações hierárquicas com base numa “autoridade de comando” e as relações hierárquicas com base numa “autoridade meramente hierárquica” a que nos referimos no Capítulo 2. Isto é, como referimos, a autoridade de comando, entre muitos outros aspectos, apresenta uma maior complexidade e abrangência, podendo englobar quase todos os aspectos da vida dos indivíduos, podendo mesmo abranger por períodos de tempo limitado, aspectos natureza privada dos indivíduos, ao passo que a autoridade meramente hierárquica é mais específica e técnica, sem nunca tocar aspectos da vida privada dos indivíduos. É precisamente esta característica que permite ao legislador internacional incluir um importante limite na determinação da responsabilidade dos superiores hierárquicos, isto é, exigindo que os crimes praticados pelos seus subalternos “...

²⁸⁰ C. H. B. Garraway, *Command Responsibility: victor's justice or just desserts?* p. 80: “the first part deals with military commanders and persons “effectively acting as a military commander”... the first part is also designed to cover “warlords” who may not have official military status but exercise the same degree of control”.

²⁸¹ C. H. B. Garraway, *Command Responsibility: victor's justice or just desserts?* p. 81.



estejam relacionados com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos”²⁸² e não com outras actividades, designadamente de natureza particular, foram do contexto do serviço. Esta limitação não é introduzida na alínea a) do artigo 28º na versão portuguesa, precisamente porque não está em sintonia com o conceito de comando.

Colocadas estas notas iniciais, estamos, pois, em condições de prosseguir. Por diversas vezes os Tribunais *ad hoc* se pronunciaram no sentido de reconhecer a responsabilidade de civis nos termos gerais da responsabilidade de comando. Entre os diversos casos, destacam-se o caso Čelebići e o caso Musema. O primeiro problema é a questão de saber como lidar com esta responsabilidade e com a questão das imunidades que, aparentemente, se colocam no mesmo plano de colisão. Referimos no Capítulo 4 que entre os dois tipos de imunidades “relativamente a qualquer alto dirigente do Estado, a imunidade funcional não afasta a responsabilidade por crimes internacionais (tradução do autor)”²⁸³ posição, aliás, coincidente com a posição do ICTY no caso Blaškić e com a moderna tendência geral da doutrina.²⁸⁴ De acordo com O’Shea: as “...regras internacionais e nacionais relativas à questão da imunidade são geralmente incompatíveis com a necessidade efectiva de impor um Direito Internacional Criminal e, por esta razão, estão tais imunidades geralmente indisponíveis para crimes internacionais nos termos do direito internacional (tradução do autor)”.²⁸⁵ Os casos Dario Kordić e Mario Cerkez, ambos entidades civis com funções políticas associadas a imunidades, vieram também mostrar que as imunidades soberanas já não constituem uma defesa no caso da responsabilidade criminal sob a doutrina da responsabilidade de comando. Razão maior para a existência do artigo 27º do Estatuto de Roma.

A grande diferença entre a responsabilidade de comando e a responsabilidade dos outros superiores não militares, tomando como referência os elementos essenciais da

²⁸² Artigo 28º, alínea b) (ii) na versão portuguesa ou artigo 28º, alínea 2) (b) na versão original, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

²⁸³ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed., p. 306, citando Lord Millet. Antonio Cassese também esclarece que o General Pinochet apenas perdeu a sua imunidade *ratione materiae*, uma vez que o Chile ratificou a Convenção para a Prevenção da Tortura. Por outras palavras, neste caso a indisponibilidade da imunidade funcional não derivou do costume internacional, mas de um tratado ratificado pelo seu Estado.

²⁸⁴ Sir A. Watts the legal position in international Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Affairs, citado por Sandhiya Singh em *Command Responsibility of Military and Civilian Superiors: an Examination of International Judicial Decisions*, *African Yearbook on International Law*, 2006, p. 47.

²⁸⁵ *Pinochet and Beyond: The International Implications of Amnesty* (2000), 16, *South African Journal of Human Rights*, p. 656



responsabilidade, reside, como já tivemos oportunidade de referir, no elemento subjectivo, apresentado o elemento funcional e o elemento operacional apenas alguns aspectos que importa referir.

No que respeita ao elemento funcional, a grande diferença situa-se no facto de não se procurar estabelecer uma cadeia de comando e a partir daí avaliar o elemento crítico que é o comando e controlo efectivo, mas tão-somente a autoridade de controlo. Os casos *Čelebići*, *Musema* e *Akayesu* deram uma ajuda preciosa. Assim, a jurisprudência em *Čelebići*²⁸⁶ estabeleceu a diferença entre comando e controlo. Assim, comando implica uma nomeação formal, ao passo que controlo é menos restritivo na sua origem. O termo controlo tem um significado mais abrangente e pode incluir o tipo de poderes que são exercidos por civis. Esclareceu o Tribunal que “...é necessário que o superior tenha controlo efectivo sobre as violações do direito internacional humanitário, no sentido em que detinha a possibilidade material de impedir e punir a comissão desses crimes... a doutrina da responsabilidade de comando é aplicável aos superiores civis apenas quando estes exerçam um grau de controlo sobre os seus subordinados similar ao que exercem os comandantes militares (tradução do autor)”.²⁸⁷ No caso *Bagilishema*²⁸⁸ o Tribunal afirmou que “... tal não quer dizer que “controlo” seja da mesma natureza se exercido por um comandante militar. A comparação com uma estrutura militar serve apenas para avaliar a responsabilidade de direito de um civil... sobre pessoal militar (tradução do autor)”.

Uma outra problemática importante, ainda dentro da questão principal relativa ao elemento funcional, é o exercício dos poderes de influência, no sentido de saber se este poder configura ou não uma relação de natureza hierárquica. O caso *Čelebići - Zdravko Mucić* fornece pistas no sentido de não considerar tal influência como tal. Assim, para o ICTY, a capacidade de exercer uma influência sobre um indivíduo não se configura por si só como um indicador de um estatuto hierárquico superior, se a capacidade de emissão de ordens residir numa outra entidade. De acordo com Davies, citado por Sandhiya Singh: “...há uma

²⁸⁶ *Čelebići Appeal Judgement*, §196.

²⁸⁷ *Zdravko Mucić at Čelebići Appeal Judgement*, §55.

²⁸⁸ ICTR, 3rd July 2002, *Appeal Chamber*, 2002, §422.



diferença entre ter tido uma oportunidade para influenciar um comportamento e a posse de uma autoridade capaz de impedir e punir a conduta criminosa dos subordinados”.²⁸⁹ A instância de recurso no caso *Musema*²⁹⁰ rejeitou o argumento da acusação no sentido de que um superior pode ser criminalmente responsável com base no seu poder de influência. Este poder de influência, quando exercido por personalidade com elevado peso político através do qual há a percepção de que detém um real poder de subordinação, não pode deixar de ser considerado. Os casos *Akayesu* (ICTY), *Koqi Hirota* (IMTFE) e *Dario Kordić* (ICTY) são disso prova. Todavia, como deixou muito claro a instância de julgamento do caso *Dario Kordić*, citando jurisprudência de *Čelebići*: “... o grau de “autoridade de facto” ou poderes de controlo exigidos pela doutrina da responsabilidade do superior, devem ser equivalentes/substancialmente similares aos exigidos pela “autoridade de jure”.²⁹¹ Tendo em consideração que são os responsáveis políticos que definem os objectivos a atingir pelos comandantes militares através da execução de planos militares, utilizar a doutrina da responsabilidade do superior, na qual se exige que seja estabelecido a capacidade destes exercerem um efectivo controlo sobre os seus militares, pode revelar-se difícil. Duas opções podem colocar-se na resolução desta dificuldade. Ou, por um lado, se reconhece o tal poder de influência, equacionado numa perspectiva de responsabilidade individual, nos termos a que nos referimos no Capítulo 4; ou, por outro, se estabelece que, apesar de os representantes políticos de topo não exercerem um grau de controlo do tipo requerido pela figura da responsabilidade do superior, estes detêm um especial dever, que deriva da sua qualidade oficial, em assegurar que o seus subordinados cumprem o direito internacional, uma vez que são eles que definem os objectivos políticos.

²⁸⁹ *Command Responsibility of Military and Civilian Superiors: an Examination of International Judicial Decisions*, *African Yearbook on International Law*, 2006, p. 52.

²⁹⁰ ICTR-96-13-T, §266.

²⁹¹ *Dario Kordić*, 26th February 2001, IT-95-14/2-T, §416. “In sum, only those superiors, either de jure or de facto, military or civilian, who are clearly part of a chain of command, either directly or indirectly, with the actual power to control or punish the acts of subordinates may incur criminal responsibility. The Appeals Chamber found that the degree of de facto authority or powers of control required under the doctrine of superior responsibility is equivalent to that required based upon de jure authority: “Although the degree of control wielded by a de jure or de facto superior may take different forms, a de facto superior must be found to wield substantially similar powers of control over subordinates to be held criminally responsible for their acts” (*Čelebići Appeal Judgement*, §197).



Podemos portanto afirmar que, no que respeita ao elemento funcional, a responsabilidade dos superiores hierárquicos por comparação com a responsabilidade de comando, parece apresentar maiores dificuldades na identificação da estrutura hierárquica.

Relativamente ao elemento subjectivo, o artigo 28º apresenta diferentes soluções dependentemente da qualidade do sujeito, o que, no caso dos superiores não militares, parece aumentar as dificuldades de sucesso na acusação.²⁹² Tal como para os superiores militares estabelece dois requisitos: o conhecimento actual e o conhecimento reconstruído. O conhecimento actual, tal como para os superiores militares, pode ser definido como "...o conhecimento que crimes relevantes foram cometidos ou estavam prestes a ser cometidos (tradução do autor)".²⁹³ A única diferença neste caso, parece resultar em que a prática dos Tribunais vai no sentido de que a prova parece ser mais difícil. Relativamente ao conhecimento reconstruído, ele recai sobre a informação disponibilizada ao superior, informação (oral ou escrita) essa que deve constituir um alerta para os potenciais actos criminosos. A informação deve claramente indicar a existência de um risco significativo relativamente à possibilidade dos seus subordinados estarem a cometer ou virem a cometer um crime. A informação não tem que especificamente se dirigir à comissão dos crimes, mas basta que seja suficiente para o colocar em alerta como, por exemplo, referir-se ao carácter dos seus subordinados. Os mesmos critérios de reconstrução do conhecimento identificados pelo Relatório Final UNWCC (já enumerados anteriormente) também se aplicam. Tais critérios incluem a percepção dos sentimentos relativamente a um determinado grupo de indivíduos, como procurou evidenciar o Relatório Final da Comissão de Inquérito aos Acontecimentos nos Campos de Refugiados em Beirute, também conhecido por Relatório Kahan: "O conhecimento dos sentimentos de ódio das forças envolvidas contra os palestinianos não justifica a conclusão de que a entrada nesses campos não constituía um perigo. A falta de avaliação por parte dos peritos não pode valer como explicação para se ter ignorado o perigo do massacre. O chefe do Estado-Maior deveria ter conhecimento ou deveria ter previsto, tendo em atenção o

²⁹² James D. Levine, *The doctrine of command responsibility and its applications to superior civilian leadership: does the international criminal court have the correct standard?* p. 54.

²⁹³ Dario Kordić, 26th February 2001, IT-95-14/2-T, §427.



conhecimento comum e a informação específicas que possuía, que haveria a possibilidade de colocar em risco a população dos campos às mãos dos falangistas. Mesmo se os peritos não tivessem cumprindo com as suas obrigações, tal facto não absolveria o chefe do Estado-Maior da sua responsabilidade... A Comissão considera que a inacção do chefe do Estado-Maior constituiu uma violação dos seus deveres... (tradução do autor)".²⁹⁴ Isto quer dizer que na responsabilidade dos superiores hierárquicos, ao contrário da responsabilidade dos comandantes militares, está eliminada a responsabilidade por uma supervisão negligente e, de acordo com alguns autores, este tipo de responsabilidade situa-se entre "actual knowledge" e a "negligência".²⁹⁵

Ainda a propósito do elemento subjectivo, merece especial referência uma importante limitação que destrinça a responsabilidade dos superiores da responsabilidade de comando, uma vez que não se aplica a esta última: o artigo 28º, alínea b) (ii), ou na versão original do artigo 28º, alínea 2) (b). De facto, a avaliação do elemento subjectivo deve fazer-se sobre os crimes que estavam relacionados com actividades sob a sua (do superior) responsabilidade e controlo efectivos. Isto é, se os crimes não estão de todo relacionados com o serviço e tendo em consideração que a natureza desta relação hierárquica não se estende a outros aspectos para além dos estritamente relacionados com o serviço, não faz sentido impor um dever de conhecer (actual ou reconstruído) ao superior hierárquico e, a partir daqui, assacar-lhe a respectiva responsabilidade criminal. Esta importante limitação espelha bem a diferença que abordámos no Capítulo 2 entre autoridade de comando e autoridade meramente hierárquica. Assim sendo, concordamos com a posição de Brandy Womack²⁹⁶ no sentido em que esta "loose liability" (exige mais conhecimento actual do arguido para se obter uma condenação), aplicável aos outros arguidos que não comandantes militares, seja talvez até menos exigente que o mesmo tipo de responsabilidade comparativamente com os Estatutos dos Tribunais ad hoc. Na verdade, O Estatuto destes mesmos Tribunais ad hoc não apresenta esta importante limitação

²⁹⁴ Relativo ao ataque dos falangistas (falange libanesa) ao campo de refugiados Palestínianos em Beirute (Sabra e Shatilla), no dia 7 de Fevereiro de 1983, p. 35-37.

²⁹⁵ Sandhiya Singhi em Command Responsibility of Military and Civilian Superiors: an Examination of International Judicial Decisions, *African Yearbook on International Law*, 2006, p. 83.

²⁹⁶ *The Development and Recent Applications of the Doctrine of Command responsibility: with particular reference to the Mens Rea Requirement*, p. 137.



em razão da matéria, que é colocada sobre os ombros dos protagonistas do procedimento criminal, para o estabelecimento de tal responsabilidade. Esta responsabilidade “*loose liability*” para todos os comandantes não incluídos o artigo 28º, alínea a) (na versão portuguesa) ou no artigo 28º, alínea 1) (na versão original), ainda mais ligeira que o mesmo tipo de responsabilidade consagrada nos Estatutos dos Tribunais *ad hoc*, é a razão maior que nos leva a afirmar que, para este conjunto de agentes que não se incluem na categoria dos verdadeiros comandantes militares, mas que são “*apenas*” superiores hierárquicos, é uma primeira oportunidade para escapar a uma justiça penal, mais preventiva que retributiva. Esta mesma ideia de uma justiça penal mais preventiva que retributiva, também se aplica no caso dos verdadeiros comandantes militares se se tiver em consideração, que o artigo 28º preconiza um crime de segunda oportunidade.

Do ponto de vista do elemento operacional, nos casos *Pavle Stugar*²⁹⁷ e *Čelebići*²⁹⁸, ficou muito claro que a obrigação de assegurar que os seus subordinados são responsabilizados pelos seus crimes é uma obrigação de natureza costumeira e que se aplica a todos os superiores, independentemente da sua condição civil ou militar. Os requisitos concretos deste dever, isto é, as acções específicas que cada superior deve realizar, dependem das suas capacidades de facto e de direito e devem ser determinadas caso a caso.²⁹⁹ Todavia, a falta de autoridade legal para o fazer, deve compelir o superior a submeter o caso à autoridade competente.³⁰⁰ Repare-se a este propósito um preciosismo de linguagem. Quando nos referimos nos pontos anteriores ao dever de investigar e punir, o que se pretendeu afirmar é que o superior deve tomar todas as

²⁹⁷ *Pavle Stugar Trial Judgment*, §357 “The principle of individual criminal responsibility of superiors for failure to prevent or to punish crimes committed by subordinates is an established principle of international criminal law”; *Limaj Trial Judgment*, *Prosecutor v. Limaj et al.*, Case n.º IT-03-66-T, Judgment, 30th November 2005 §519.

²⁹⁸ *Čelebići Trial Judgment*, Trial Judgment, §377.

²⁹⁹ *Blaškić Appeal Judgment*, §417 (“[The Appeals Chamber] generally concurs with the *Čelebići Trial Chamber* which held: “[i]t must, however, be recognised that international law cannot oblige a superior to perform the impossible. Hence, a superior may only be held criminally responsible for failing to take such measures that are within his powers.” (quoting *Čelebići Trial Judgment*, §395)). *Blaškić Appeal Judgment*, §72; *Halilović Trial Judgment*, §74.

³⁰⁰ ICRC Commentary on the Additional Protocols, §562. (observing that the obligations of a superior “at any level” include “proposing a sanction to a superior who has disciplinary power, or – in the case of someone who holds such power himself – exercising it, within the limits of his competence, and finally, remitting the case to the judicial authority where necessary with such factual evidence as it was possible to find”); *Limaj Trial Judgment*, §529. (“The obligation on the part of the superior is to take active steps to ensure that the perpetrators will be punished.”); *Kordić and Čerkez Trial Judgment*, §446 (“The duty to punish includes at least an obligation to investigate possible crimes, to establish the facts, and if the superior has no power to sanction, to report them to the competent authorities.”).



*medidas necessárias e razoáveis para que o subordinado não se furte a uma sanção penal.*³⁰¹ Tal não significa que o superior seja ele próprio responsável por atribuir essa sanção penal. Note-se com particular atenção que o artigo 28º nunca usa o vocábulo “punir”, mas sim o dever do superior em submeter os factos à apreciação das autoridades competentes, exactamente porque os civis, em particular, não estão sempre em posição de proceder de modo a atribuir tal responsabilidade.³⁰² Para além deste facto, a instância de julgamento no caso *Bagilishema*³⁰³ entendeu a expressão “as medidas necessárias” como aqueles que libertam o superior da obrigação de impedir ou punir conforme as circunstâncias do momento e o vocábulo “adequadas” (*reasonable*) como aquelas que o superior está em posição de tomar, tendo também em consideração as circunstâncias do momento. Tal avaliação não pode ser feita em abstracto, mas deve ser avaliada caso a caso. Tais expressões, segundo *Sandhiya Singh*³⁰⁴, indicam que o dever de evitar e de punir estão ligados ao conceito de controlo requerido por este tipo de responsabilidade.

³⁰¹ Artigo 28º, alíneas a)(ii) e b)(iii); Roberta Arnold and Otto Triffterer, “Article 28º: Responsibility of Commanders and Other Superiors,” in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* p. 795, 838 (Otto Triffterer ed., 2nd ed. 2008) (“[W]here disciplinary measures appear to be insufficiently severe to punish the crime that has been committed – this shall always be the case with regard to the crimes outlawed by the ICC Statute – [the superior] shall submit the case to the competent authorities, who shall then delegate the case to the military justice.”).

³⁰² Roy S. Lee, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results 1999*; Kai Ambos, “Superior Responsibility,” in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* p. 862 explica que o modo como foi formulada a ideia relativa ao “dever de submeter” que preenche um vazio e que constitui um dever específico para aqueles superiores que não possuindo poder disciplinar, devem reprimir a prática do crime (explaining that the ‘duty to submit’ formulation “fills a gap in that it formulates a specific duty for those superiors who have themselves no disciplinary powers to ‘repress’ a crime.”).

³⁰³ ICTR, 3rd July 2002, Appeal Chamber, 2002, §47 e 48.

³⁰⁴ *Command Responsibility of Military and Civilian Superiors: an Examination of International Judicial Decisions*, African Yearbook on International Law, 2006, p. 62.



5.6.2. A responsabilidade dos comandantes executivos e de campos de prisioneiros de guerra

“...A responsabilidade dos comandantes táticos é apurada avaliando-se três requisitos...requisitos estes que não se aplicam aos comandantes executivos...”³⁰⁵”

No decorrer do Capítulo 4 fizemos uma breve referência à responsabilidade relativa à cumplicidade nos crimes de grupo, nos termos das subalíneas (i) e (ii) da alínea d) do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto de Roma, numa perspectiva dos crimes plurissubjectivos dolosos e da respectiva responsabilidade individual internacional. Nessa altura, referimo-nos em concreto aos casos clássicos de execução conjunta ou de co-execução e, designadamente, ao caso especial dos campos de concentração.

A perspectiva que agora desejamos tratar baseada no estudo do caso da prisão de Al-Khian no Líbano, encerrada no ano 2000 é complementar àquela do Capítulo 4, no sentido em que se refere à responsabilidade de comando, na perspectiva do artigo 28º do Estatuto de Roma, dos comandantes executivos e de campos de prisioneiros de guerra. Vimos no Capítulo 2 a propósito do caso Jean-Paul Akayesu caso n.º ICTR-96-4-T, que o Tribunal reconheceu que a responsabilidade de comando aproveita a militares e a civis.³⁰⁶ No caso Alfred Musema caso n.º ICTR-96-13A³⁰⁷ o Tribunal reconheceu que, para efeitos de responsabilidade individual, a autoridade efectiva se pode identificar a partir de uma relação contratual. No caso Zlatko Aleksovski caso n.º ICTR-96-13A ³⁰⁸o Tribunal reconheceu especiais deveres dos

³⁰⁵ Traduzido e adaptado a partir de Roberta Arnold, *Command Responsibility: a case study of alleged violations of the laws of war at Kfian detention centre*, 2002, p. 230.

³⁰⁶ §490.

³⁰⁷ §880. “The Chamber finds that it has been established beyond reasonable doubt that Musema exercised de jure authority over employees of the Gisovu Tea Factory while they were on Tea Factory premises and while they were engaged in their professional duties as employees of the Tea Factory, even if those duties were performed outside factory premises. The Chamber notes that Musema exercised legal and financial control over these employees, particularly through his power to appoint and remove these employees from their positions at the Tea Factory. The Chamber notes that Musema was in a position, by virtue of these powers, to take reasonable measures, such as removing, or threatening to remove, an individual from his or her position at the Tea Factory if he or she was identified as a perpetrator of crimes punishable under the Statute. The Chamber also finds that, by virtue of these powers, Musema was in a position to take reasonable measures to attempt to prevent or to punish the use of Tea Factory vehicles, uniforms or other Tea Factory property in the commission of such crimes. The Chamber finds that Musema exercised de jure power and de facto control over Tea Factory employees and the resources of the Tea Factory”.

³⁰⁸ §86. “The Trial Chamber considers it established beyond reasonable doubt that the accused was responsible for the detention conditions. The evidence at trial clearly demonstrated that it was his duty, as prison warden, to see to the conditions as regards hygiene¹³⁵ and the health and welfare of detainees”. Também §101, §115 e §125.



comandantes de centros de detenção relativamente ao bem-estar dos detidos, do mesmo modo que o caso “Hostages”³⁰⁹ os comandantes executivos ou os governadores militares têm especiais deveres no sentido de assegurar o bem-estar da população do território sob a sua responsabilidade. Os casos “Hostages” e “High Command” estabeleceram que o comandante executivo está onerado com um especial dever de proteger a população e os prisioneiros de guerra contra os actos ilegais contra eles cometidos, independentemente dos agentes de tais actos se encontrarem ou não na sua cadeia de comando (lembramos aqui que, tal como referimos no Capítulo 2, só os comandantes tácticos têm comando directo sobre tropas)³¹⁰. O caso Zejnil Delalić, caso n.º IT-96-21 (Julgamento em 16 de Novembro de 1998, §648 e §649 e recurso em 20 de Fevereiro de 2001, §258)³¹¹ confirma uma das duas grandes diferenças da responsabilidade deste tipo de comandantes e os outros superiores de que temos vindo a estudar: o facto destes comandantes estarem obrigados a deveres diferentes (protecção dos direitos da população sob a sua jurisdição), torna a subordinação hierárquica irrelevante (um dos três requisitos que estudamos). A outra é o facto de os deveres de impedir e punir os crimes cometidos, não se limitarem aos seus subordinados, mas a todos os indivíduos que permanecem na sua zona de responsabilidade e que estiveram sob o seu efectivo controlo no momento chave da comissão do crime.³¹²

Finalmente, uma nota no sentido de afirmar que a responsabilidade deste tipo de comandantes não é ilimitada, uma vez que deve ser fixada de acordo com os costumes da

³⁰⁹ Para Mais detalhes ver Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 2009, p. 153.

³¹⁰ Hostage Case p. 1256, High Command Case p. 547 e 543.

³¹¹ §258. “The Prosecution relied at trial and on appeal on the Hostage case in support of its position that the perpetrators of the crimes for which the superior is to be held responsible need not be subordinates, and that substantial influence is a sufficient degree of control. The Appeals Chamber concurs with the view of the Trial Chamber that the Hostage case is based on a distinction in international law between the duties of a commander for occupied territory and commanders in general. That case was concerned with a commander in occupied territory. The authority of such a commander is to a large extent territorial, and the duties applying in occupied territory are more onerous and far-reaching than those applying to commanders generally. Article 42º of the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, annexed to the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land 1907, provides: Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised. Article 43º provides: The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country. This clearly does not apply to commanders in general. It was not then alleged, nor could it now be, that Delalić was a commander in occupied territory, and the Trial Chamber found expressly that he was not (sublinhados nossos)”.

³¹² Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 2009, p. 155.



guerra, deve preencher as outras duas condições que vimos para os outros superiores e ainda deve ser provado o controlo efectivo, mesmo sem relação de subordinação.

5.6.3. A responsabilidade do Chefe do Estado-Maior e dos outros elementos do staff

“Staff officers have no command responsibility”

*A. P. V. Rogers*³¹³

Os oficiais chefes de um Estado-Maior não têm uma relação de subordinação com os outros militares da sua unidade, excepto com o seu staff. Assim, tal como mostrou a jurisprudência do caso do “High Command”³¹⁴ o chefe de um Estado-Maior não tem autoridade nem responsabilidade sobre as praças de um determinada unidade, nem sobre os oficiais da sua cadeia de comando, uma vez que estes mesmo oficiais são subordinados do comandante. O chefe de um Estado-Maior não está posicionado numa relação hierárquica de autoridade vertical, não exerce funções de comando, mas deve assistir o comandante do ponto de vista técnico e de comando, sendo as suas funções equivalentes do ponto de vista civis a um chefe de gabinete.³¹⁵

Um oficial de Estado-Maior pode ser definido como um oficial pertencente ao staff de um comandante cuja função é assistir³¹⁶ o comandante na execução dos seus deveres³¹⁷, do modo como lhe for determinado e sob a orientação do chefe do Estado-Maior³¹⁸. Este modo

³¹³ A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, 2004, p. 197 – *The High Command Trial*, XII WCR, p. 81.

³¹⁴ P. 684.

³¹⁵ Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 2009, p. 150.

³¹⁶ Rupert Smith, *The utility of force*, p. 55.

³¹⁷ A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, 2004, p. 197 – *According to Queen’s Regulations for the Army*, Chapter 4.

³¹⁸ Zejnil Delalić, Case n.º IT-96-21 16th November 1998, §367. “Consistent with these views, the United States Military Tribunals in the Hostage and High Command cases adopted the position that, while chiefs of staff may be held criminally responsible for their own positive acts, they cannot be held criminally responsible on the basis of command responsibility. Thus it was held in the High Command case that: [s]taff officers are an indispensable link in the chain of their final execution. If the basic idea is criminal under international law, the staff officer who puts that idea into the form of a military order, either himself or through subordinates under him, or takes personal action to see that it is properly distributed to those units where it becomes effective, commits a criminal act under international law . . . Since a Chief of Staff does not have command authority in the chain of command, an order over his signature does not have authority for subordinates in the chain of command [...] A failure to properly exercise command authority is not the responsibility of a Chief of Staff. In the absence of participation in criminal orders



consiste, na generalidade, consoante o tipo de staff se tratar como vimos no Capítulo 2, em disponibilizar informação técnica, executar tarefas de planeamento, elaborar, transmitir e supervisionar a implementação de ordens, bem como recolher e tratar informação. Todavia, este pessoal, embora possa tomar decisões, não o pode fazer de modo autónomo, mas apenas em cumprimentos de directivas ou outras decisões previamente tomadas pelo comandante, único detentor do poder de decisão. O modo como deve ser executada esta função está subordinada às regras nacionais e a jurisprudência internacional tem vindo a considerar que, do ponto de vista do direito internacional, estes oficiais não são responsabilizáveis internacionalmente³¹⁹ por não providenciarem informação que permitiria ao comandante concluir que um determinado acto se tratava de um crime de guerra, uma vez que essa responsabilização só pode fazer-se através do direito nacional. Para além deste facto, também não detêm responsabilidades de comando, uma vez que não são titulares de qualquer função de comando e, por isso, não estão obrigados a deveres especiais de controlo. Embora o Tribunal de Tóquio se tenha pronunciado no sentido de que algum envolvimento deve haver na execução do crime, designadamente no momento em que um oficial de Estado-Maior emite ordens em nome do comandante, ou quando ele próprio as redige ou ainda quando influencia uma determinada decisão, quanto a nós não invalida o princípio geral da sua não irresponsabilidade relativa à responsabilidade de comando, sendo que esta irresponsabilidade não exclui outro tipo de responsabilidades individuais, devendo ser estes casos analisados à luz das questões já abordadas relativas à obediência a ordens superiores e aos problemas da comparticipação.

or their execution within a command, a Chief of Staff does not become criminally responsible for criminal acts occurring therein. He has no command authority over subordinate units. All he can do in such cases is call those matters to the attention of his commanding general. Command authority and responsibility for its exercise rest definitively upon his commander (sublinhados nossos)."

³¹⁹ A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, 2004, p. 197 – Hostages Trial VIII WCR, 34-92 – “A Staff officer is not guilty of a war crime by the reason only of his knowledge of illegal acts or of outcome of his commander’s orders which he approved from his point of view and issued on his commander behalf”. The High Command Trial, XII WCR, p. 81 – “A Staff officer is not liable for failing to pass information to his commander about war crimes, on the grounds that a staff officer’s duty to pass information to his superiors stems from national regulations rather than international law”. Tokyo Trials Abstracted in XV WCR, 78 – “There must, therefore, be some personal involvement on the staff officer’s part, such as when he issued orders on his behalf (Woehler Trial XII WCR, 113-118), drafts them himself (The High Command trial XII WCR, at p. 118) or influences policy”.



Uma coisa parece todavia, merecer um comentário final à guisa de última referência. Se o conceito do “soldado pensante”³²⁰ que Robert Smith refere³²¹ como sendo um dádiva prussiana, conceito esse que exige que os oficiais se autodeterminem no campo de batalha relativamente aos actos que praticam ou que mandam praticar, então, é legítimo pensar que, nos exército modernos, os oficiais de Estado-Maior devam ser treinados para apoiarem os comandantes no sentido a possam obstar a tais responsabilidades e, em consequência, os códigos militares nacionais devem tutelar claramente esses mesmos deveres de assistência e colaboração, do modo mais adequado a cada situação.

Neste momento deve ser referido que a doutrina da responsabilidade de comando aplicada a líderes civis, não está limitada aqueles civis que exercem funções públicas ou àqueles que actuam em nome do Estado.³²² Recentemente, o ICTR no caso Ferdinand Nahimana³²³ afirmou que para um líder civil ser responsabilizado, não se requer o exercício de uma espécie de “puissance publique”, que traduziremos pelo exercício de poderes públicos. O que é necessário, isso sim, é que o agente líder civil esteja na linha hierárquica directa do agente subordinado que cometeu os crimes, ao tempo em que estes foram cometidos, e que essa posição lhe permitisse exercer o controlo efectivo sobre este. Por exemplo, será o caso de o proprietário de uma companhia privada ou o líder de um partido político.³²⁴ Na realidade a sua aplicação já aconteceu no caso Alfred Musema,³²⁵ em que o arguido era o director de uma fábrica de chá e no caso Ferdinand Nahimana, em que o arguido era o gerente de uma estação de rádio. Vejamos, portanto, mais em detalhe esta questão, já em seguida.

³²⁰ “Thinking soldier” no original.

³²¹ The utility of force, p. 54.

³²² Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 2009, p. 110.

³²³ Ferdinand Nahimana, ICTR-96-11, Appeal Judgement, §785. “The Appeals Chamber has already recalled the elements which must be proved in order to establish superior responsibility. It has also pointed out that civilian leaders need not be vested with prerogatives similar to those of military commanders in order to incur such responsibility under Article 6 ° (3) of the Statute: it suffices that the superior had effective control of his subordinates, that is, that he had the material capacity to prevent or punish the criminal conduct of subordinates. For the same reasons, it does not have to be established that the civilian superior was vested with “excessive powers” similar to those of public authorities. Moreover, the Appeals Chamber cannot accept the argument that superior responsibility under Article 6°(3) of the Statute requires a direct and individualized superior subordinate relationship (sublinhados nossos).”

³²⁴ Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 2009, p. 110.

³²⁵ Case n.º ICTR-96-13.



5.6.4. – O caso dos superiores não integrados em estruturas do Estado

“A pressão dos mercados, a tecnologia e a globalização estão a criar múltiplas necessidades, às quais os exércitos nacionais regulares têm dificuldade em dar resposta”.

Deborah Avant³²⁶

No que concerne aos deveres exigidos pelo artigo 28º, designadamente o dever de evitar, reprimir e de punir, estes também se aplicam aos superiores não pertencentes ao Estado³²⁷, desde que estes possuam efectivo controlo sobre os seus subordinados. Para a determinação desse efectivo controlo, podem também ser utilizados critérios de determinação, como vimos para o caso dos superiores integrados numa estrutura do Estado. Vejamos, pois, alguns deles:

- + O superior é o primeiro na hierarquia de recolha dos proveitos das operações, designadamente dos saques sobre a propriedade privada e recursos naturais;*
- + O superior exerce controlo sobre pessoas vulneráveis, tais como mulheres e crianças;*
- + O superior tem acesso independente/privilegiado a equipamento militar, incluindo armas, munições e equipamentos de comunicações;*
- + O superior atribui a si próprio recompensas e posições de poder e influência;*
- + O superior tem a capacidade material de intimidar os seus subordinados;*
- + O superior protege-se com uma guarda pessoal;*
- + O superior diz representar uma ideologia à qual os subordinados aderem;*
- + O superior relaciona-se com outros grupos, actuando como se representasse o grupo.³²⁸*

Do mesmo modo que afirmámos para os superiores integrados na estrutura do Estado, aqueles são apenas meros indicadores de determinação da existência de um controlo efectivo.

³²⁶ *Foreign Affairs* Julho/Agosto, 2004.

³²⁷ RUF Trial Judgment, p. 648 & p. 677-87 – O Tribunal condena os arguidos Sesay e Kallon do crime de responsabilidade hierárquica por crimes cometidos pela Revolutionary United Front descrita como «exército guerrilheiro» e uma força irregular (convicting accused Sesay and Kallon on basis of superior responsibility for crimes committed by the Revolutionary United Front, described as “a guerrilla army and an irregular force”).

³²⁸ Guénaél Mettraux, 2009, p. 168.



Tal como estes indicadores que favorecem a existência deste tipo de controlo efectivo, há também outros que afastam esta mesma existência.³²⁹ Todavia, a estes superiores aplicam-se os seguintes princípios especiais:

1) Devem submeter os assuntos que envolvam a comissão de crimes internacionais pelos seus subordinados às autoridades competentes do Estado onde as suas empresas/ou grupos foram legalmente constituídas ou ao Estado da prática dos crimes ou às autoridades internacionais competentes na matéria. Tal submissão não invalida a necessárias medidas disciplinares internas;

2) Esta submissão não afasta as suas responsabilidades em matéria de impedir e reprimir a comissão dos crimes internacionais, uma vez que tais deveres não são alternativos, como já afirmamos anteriormente.

5.6.5 – O caso dos líderes paramilitares e dos líderes terroristas

“The doctrine of command responsibility could serve in relation to terrorist groups ... to ensure a minimum degree of compliance with minimum standards of humanity”.

Guénaél Mettraux³³⁰

No Apêndice 2 apresentamos a construção das tabelas referenciadas no texto principal e, duas delas referem-se ao estatuto legal dos indivíduos envolvidos num conflito armado. Sem procurar aqui discutir tal estatuto, até porque não conhecemos uma definição consensual em Direito Internacional para o termo “terrorista”, partiremos do princípio de que, é apenas para efeitos do nosso estudo, tanto os grupos paramilitares, como os grupos terroristas, se inserem no contexto de um conflito armado.

Parece todavia que, apesar de se reconhecer que a definição de paramilitares e de terroristas, numa perspectiva de serem considerados militares ou civis poderá a afectar o modo como se poderá aplicar a tais líderes o princípio da responsabilidade de comando (artigo 28º,

³²⁹ Para mais detalhes, ver Guénaél Mettraux, 2009, p. 168, 169 e 170.

³³⁰ *The Law of Command Responsibility*, 2009, p. 110.



alínea a) ou alínea b)), esta aplicabilidade, apesar de sofrer de algumas dificuldades não está em causa. Assim, mantêm-se as questões ligadas ao elemento funcional e ao controlo efectivo, mas, mas não há, em princípio outras limitações que excluam esta aplicabilidade. Talvez a questão do fundamento criminal da omissão com base no dever, possa suscitar algumas preocupações, uma vez que não desempenham funções públicas, em detém certas relações hierárquicas, com base nas suas funções privadas. É no sentido de resolver tal problemática que hoje já se começa a falar no conceito de comando responsável³³¹, figura aplicável a todos os líderes, e que desenvolve um conjunto básico de deveres que esse mesmo comando responsável implica, sobre os quais impende a possibilidade de responsabilização por omissão. Este conceito parece resolver uma boa parte dos problemas da aplicabilidade do conceito de responsabilidade de comando aos líderes paramilitares. Todavia, trata-se apenas de uma possibilidade a ser estudada e desenvolvida, que no caso particular dos líderes terroristas, no momento, não tem ainda uma consistência jurídico-internacional.

³³¹ Para mais detalhes, ver Guénaél Mettraux, 2009, p. 110, 111 e 112.

6. Breves notas sobre as soluções consagradas na implementação na ordem jurídica portuguesa do artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

“As palavras da lei devem ser pesadas como diamantes”.

Jeremy Bentham¹

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional é um tratado internacional multilateral, institucional, solene e aberto², uma vez que na sua feitura participaram diversos Estados, a sua conclusão exigiu a ratificação nacional e, depois de concluído, está aberto à participação de outros Estados.

Segundo a doutrina maioritária entre nós, a conclusão de um tratado internacional abrange quatro fases, negociação, redacção do texto, assinatura e ratificação:³

Processo de conclusão do Tratado (ICC) em Portugal	
Capítulo 6 – Página 01	
Cronologia do processo de conclusão do Tratado Internacional – Estatuto de Roma	Instrumentos que desenvolvem a sua implementação
•Data de conclusão da negociação: 17 de Julho de 1998; •Data do pedido do Ministério dos Negócios Estrangeiros à Procuradoria Geral da República para tradução da versão original: 2 de Maio de 2000; •Data do Parecer da Procuradoria Geral da República que aprovou a tradução: 9 de Junho de 2000; •Data de aprovação pela Assembleia da República Portuguesa para ratificação: 20 de Dezembro de 2001; •Data de publicação em Diário da República da aprovação pela Assembleia da República Portuguesa para ratificação: 18 de Janeiro de 2002 (Publicado na página 362 Diário da República I Série-A, n.º15, de 18-01-2002); •Data da ratificação pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002 em 7 de Janeiro de 2002 (Publicado na página 362 do Diário da República I Série-A, n.º 15, de 18 de Janeiro de 2002); •Data de depósito de instrumento de ratificação: 5 de Fevereiro de 2002; •Data de início de vigência relativamente a Portugal: 1 de Julho de 2002; •Data de início da vigência internacional: 1 de Julho de 2002.	•Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho, adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal, tipificando as condutas que constituem crime de violação do direito internacional humanitário (17.ª Alteração ao Código Penal); •Acordo sobre os Privilégios e Imunidades do Tribunal Penal Internacional (Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 42/2007); •Aviso n.º 20/2002, de 14/03/2002 - Torna público o depósito do instrumento de ratificação; •Aviso n.º 37/2002, de 09/05/2002; Aviso n.º 105/2002, de 25/11/2002 - Torna pública a lista dos Estados Parte do Estatuto.

¹ Citado por Carlos Blanco de Moraes, *Manual de Legística*, p. 187.

² Utilizamos aqui a classificação oferecida por Wladimir Brito, *Direito Internacional Público*, p. 152.

³ Wladimir Brito, *Direito Internacional Público*, p. 154.



A fase da ratificação tem uma natureza maioritariamente interna e nela intervêm os órgãos nacionais competentes para vincular internacionalmente o Estado. É precisamente nesta fase interna da ratificação que é elaborada a tradução da versão oficial, tradução essa que servirá de sustento à aprovação dos órgãos competentes, após a qual serão depositados os instrumentos de ratificação, no sentido de vincular internacionalmente o Estado. É, pois, neste momento que se devem colocar os problemas de legística em sentido amplo⁴, a que já fizemos referência logo na Introdução, como ramo da Ciência da Legislação que se ocupa do estudo dos conhecimentos, dos métodos e das técnicas destinadas a assegurar, em sede de concepção, elaboração e controlo dos efeitos normativos, a qualidade, validade e praticabilidade do texto e do conteúdo prescritivo das leis.⁵ Tendo em conta os objectivos do nosso estudo, concentrar-nos-emos apenas na Legística Formal, como disciplina que estuda a comunicação legislativa, de modo a melhorar a compreensão e identificação da normação legal vigente, o que implica a adopção de técnicas de redacção e de sistematização interna dos textos das normas legais destinadas a assegurar a sua correcção gramatical, clareza, certeza, precisão, parcimónia, coerência interna e facilitação interpretativa.⁶ Neste âmbito estrito da legística formal, dedicaremos especial importância ao processo de tradução e de redacção das línguas inglesa e francesa para a língua portuguesa, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, processo que decorreu em Portugal entre 1998 e 2001. Faremos também referência às soluções que respeitam aos instrumentos de implementação na ordem jurídica interna do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

⁴ A legística, em sentido amplo, divide-se em legística material, formal e organizativa. A legística material (domínio metódico e procedimental interno) procura assegurar que a concepção da lei observe requisitos de qualidade e de validade que lhe permitam preencher, adequadamente e com eficiência, os seus objectivos operacionais. A legística formal (domínio técnico e sistemático) estuda os critérios de comunicação legislativa, de modo a melhorar a compreensão e identificação da norma legal vigente, através de uma adequada redacção, sistematização, simplificação e acesso aos textos legais. A legística organizativa (domínio da «governance» normativa) ocupa-se do estudo do modelo de gestão pública da qualidade dos programas legislativos, passível de ser adoptado pelos órgãos legiferantes. Adaptado a partir de Carlos Blanco de Moraes, *Manual de Legística*, 2007, p. 70.

⁵ Carlos Blanco de Moraes, *Manual de Legística*, 2007, p. 70.

⁶ Carlos Blanco de Moraes, *Manual de Legística*, 2007, p. 211.

6.1. – *A legística formal como pecado original*

“Há pedras preciosas que não são transparentes”.

Bloch⁷

O estudo e a aplicação das soluções consagradas no Estatuto de Roma dependem muito das soluções finais adoptadas pela tradução oficial para a língua portuguesa do texto original do Estatuto negociado e aprovado em Roma em 1998. Entre nós, Carlos Blanco de Moraes⁸ enumera como requisitos mais significativos para aperfeiçoar a comunicação legislativa, numa perspectiva de legística formal, os seguintes: clareza, coerência, precisão e parcimónia. Vamos procurar analisar as soluções da tradução oficial do texto original do Estatuto, com base nestes requisitos de eficácia da comunicação normativa e, ainda, em algumas notas soltas sobre a implementação das directivas de legística formal, no que concerne aos componentes estruturais dos actos legislativos. Esta análise incidirá exclusivamente sobre os artigos directamente relacionados com o tema que estamos a tratar⁹ e exclui a análise das regras adjectivas do Estatuto. Em concreto, analisaremos a escolha dos vocábulos e de algumas opções de tradução, no caso dos artigos 8º e 28º, n.º 1, as opções de numeração e do articulado do artigo 28º, n.º 2 e, ainda, o caso do especial do artigo 30º, n.º 3:

(1) – A escolha dos vocábulos e de algumas opções de tradução, no caso dos artigos 8º e 28º, merece uma referência especial. Relativamente ao artigo 8º devem assinalar-se as dificuldades de tradução da qualificação da censurabilidade dos tipos legais de crime. Estas dificuldades de tradução são susceptíveis de colocar alguns problemas, relativamente à jurisdição de outros tribunais. Vejamos, pois, os quadros seguintes:

⁷ Citado por Carlos Blanco de Moraes, *Manual de Legística*, p. 187.

⁸ Carlos Blanco de Moraes, *Manual de Legística*, 2007, p. 526.

⁹ Capítulos I, II e III do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

War Crimes article 8º ICC (not an open formula as ICTY and ICTR)						
	Customary Law	GC 1949		UNIVERSAL JURISDICTION	Stringent Obligations	n.º 2 a) Grave Breaches
		HR, IV 1907	CSUNAP, 1994 PA I, 1977	INTERNATIONAL NATIONAL JURISDICTION	85º PA I	n.º 2 b) Serious Violations
		Common Article 3º GC, 1949		INTERNATIONAL NATIONAL JURISDICTION	4º APII	n.º 2 c) Serious Violations
		GC 1949	CSUNAP, 1994 PA I II, 1977	INTERNATIONAL NATIONAL JURISDICTION	H Rights	n.º 2 e) Other Serious Violations
				INTERNATIONAL NATIONAL JURISDICTION	PROTRACTED	n.º 2 f)

International Crime Court (war crimes are not an open formula)				Incorporation		Observations
International armed conflict	8º 2.a)	Grave breaches of Geneva Conventions	Protection of people Protection of property	Articles 49º (I), 50º (II), 129º (III) and 146º (IV) from Geneva Conventions, 1949 Recalls Article 2º of ICTY		Universal Jurisdiction
	8º 2.b)	Other serious violations of laws and customs within framework of international law	Methods and means of warfare	IV Hague Law 1907 and PA I 1977, CSUNAP, 1994 Recalls article 3º of ICTY	Grave Breaches of article 85º PA I, 1977 - Methods and means of warfare	Influenced by C Rights of the Child 8º 2.b) (xxvi)
Non international armed conflict	8º 2.c)	Serious violations of article 3 common to Geneva Conventions	Protection of people	Common article 3º Recalls article 4º of ICTR & ICTY Jurisprudence interpreting its article 3º	8º 2.d) – c) does not apply to internal disturbances and tensions such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of similar violence.	
	8º 2.e)	Other serious violations of laws and customs within framework of international law	Methods and means of warfare	Geneva Conventions 1949, PA I, PA II 1977 & CSUNAP, 1994	8º 2.f) – e) applies only if armed conflict is protracted First Time: 2.e) (iii), 2.e) (vi) & 2.e) (vii)	Influenced by C Rights of the Child 8º 2.e) (vii)

O artigo 8º está organizado em duas lógicas que agrupam as diversas violações da lei internacional em crimes de guerra cometidos em conflitos armados internacionais em conflitos armados não internacionais. Esta organização resultou da intenção do legislador internacional, como aliás referimos no Capítulo 3, de incorporar outras convenções

internacionais, organizadas grosso modo na divisão clássica entre o designado “Direito de Genebra” e o “Direito de Haia”, como procura ilustrar a figura anterior. Acontece que, tal como a tabela seguinte procura evidenciar, há uma qualificação jurídico-internacional dos designados “crimes de guerra”, em sentido lato, qualificação essa que depende da censurabilidade atribuída à violação de um determinado bem jurídico internacional.



War crimes by Antonio Cassese (2003, p. 50ss)

Not all violation of international humanitarian law amount to war (p. 50)

Objective elements of the war crimes

Classes	Crimes against		Qualification	Jurisdiction	
(link to) International armed conflict	1	Persons not taking part or no longer taking part in armed hostilities.	Grave breaches Articles 50° GC I, 51° GC II, 130° GC III, 147° GC IV and 85° API	Universal	
	2	Enemy combatants or civilians committed by resorting to prohibited methods of warfare.	Serious violations	International and national	
	3	Enemy combatants and civilians involving the use of prohibited means of warfare.			
	4	Specially protected persons or objects.	Other violations		
	5	Crimes consisting of improperly using protected signs and emblems.			
(link to) Non international armed conflict	1	Persons not taking part or no longer taking part in armed hostilities.	Serious violations* Article 3° common to GC and article 4° AP II	International and national	
	2	Enemy combatants or civilians committed by resorting to prohibited methods of warfare.			
	3	Enemy combatants and civilians involving the use of prohibited means of warfare.	Other violations		
	4	Specially protected persons or objects.			
	5	Crimes consisting of improperly using protected signs and emblems.			
No link	Agent's army members, civilians with the same nationality, treason or espionage			Only national	

* According to Abi-Saab quoted by Cassese (p. 54) a customary rule is in statu nascendi – Grave breaches can also be perpetrated in internal conflicts.

Assim, podemos verificar que existem três graus de qualificação dos elementos objectivos dos crimes: as “grave breaches”, as “serious violations” e as “other violations”. Todavia, na tradução oficial portuguesa, constatamos que apenas existem 2 graus de qualificação: as “violações graves” para as alíneas a) e c) do n.º 2 do artigo 8º e as “outras violações graves”, para as alíneas b) e e) do n.º 2 do artigo 8º. Como tivemos oportunidade de referir, os crimes de guerra em sentido lato incluem as violações graves das leis e dos costumes da guerra e ainda outras violações não contidas nesta categoria. Ou seja, por outras palavras, as violações graves são apenas uma espécie dentro do elenco geral dos crimes de guerra. Esta espécie destina-se precisamente a criar uma distinção especial entre as outras espécies, no sentido de

destacar a sua natureza consuetudinária (não apenas voluntarista), o seu carácter de jus cogens internacional (posição hierárquica das normas) e a possibilidade de aplicação da jurisdição internacional (relação entre Estados) a este tipo de crimes. Repare-se bem no seguinte: os crimes de guerra definidos como “aqueles actos aos quais o direito internacional atribui consequências penais”¹⁰ estão sujeitos à jurisdição universal (possibilidade de exercer uma certa relação jurídica entre dois Estados), mas dentro dos crimes de guerra, a espécie dos crimes graves, por que se tratam de normas que parecem pertencentes ao jus cogens internacional¹¹, impõem obrigações (criminalizar em termos nacionais tais actos e procurar e deter e julgar os seus autores), não oferecem possibilidades.

Os argumentos que acabámos de oferecer aconselham a reservar a expressão “violações graves” apenas para aquelas violações que parecem pertencer ao jus cogens, e utilizar a expressão “violações sérias” para as outras violações, dentro da categoria dos crimes de guerra.

Artigo 8º	Texto Original	Tradução Oficial	Proposta
Alínea 2.a)	Grave breaches of Geneva Conventions	As violações graves...	As violações graves...
Alínea 2.b)	Other serious violations of the law and customs applicable in international armed conflicts	Outras violações graves...	Outras violações sérias...
Alínea 2.c)	Serious violations of article 3º common to Geneva Conventions	... violações graves...	... violações sérias...
Alínea 2.e)	Other serious violations of laws of the law and customs applicable in armed conflicts not of an international character...	Outras violações graves...	Outras violações sérias...

¹⁰ Georges Abi-Saab, *the concept of war crimes*, p. 112.

¹¹ Esta conclusão é retirada da análise das páginas 413, 433, 435, 437, 438 e 452 de Eduardo Correia Batista em *Jus Cogens em Direito Internacional*, 1997, do Parecer do TIJ sobre a Construção do Muro em Território Palestino (Legal Consequences of the Construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion of 09 July 2004, §147ss. [Em linha] [Acesso em 29 Dezembro 2009]. <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>) e ainda dos Comentários da Comissão de Direito Internacional no âmbito da Responsabilidade dos Estados e da Fragmentação do Direito Internacional. Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third Session (23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001), United Nations, 2006, Chapter IV, State responsibility, p20-143. [Em linha]. [Acesso em 20 Dezembro de 2009]. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>. Report of the Commission to the General Assembly on the work of its Fifty-eighth Session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006), United Nations, 2006, Chapter XII, Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law, p. 400-422. [Em linha]. [Acesso em 20 Dezembro de 2009]. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>.

Assim, a expressão original “grave breaches” deveria ter sido traduzida pela expressão “violações graves” para a distinguir das outras “violações sérias”, precisamente para assinalar o carácter peremptório da norma, a sua inderrogabilidade, sua posição hierárquica e a importância do bem jurídico a proteger. As opções de tradução do legislador português, ao designar como opção de tradução a mesma expressão “violações graves”, para as diferentes situações do n.º 2 do artigo 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, não traduzem, quanto a nós, a clareza da expressão original, no seu sentido mais adequado à situação, uma vez que não obtêm a precisão que o texto exige.¹²

Relativamente às opções de tradução do artigo 28º, se considerarmos correcta a tese de que se trata de um crime de segunda oportunidade, no sentido em que a primeira falha de um comandante militar em exercer o controlo efectivo (primeiro dever geral) sobre os seus subordinados só atinge a linha de punibilidade no momento em que se produziu um resultado (tentativa incluída), que resultou de uma segunda falha, desse mesmo superior, relativa ao dever geral de compensar a sua primeira falha (omissão de reagir), então as expressões “prevent”¹³ e “repress”¹⁴ deveriam ter sido traduzidas por “impedir” e por “reprimir” e não por “prevenir” e “reprimir”. As razões desta nossa afirmação são simples. Para além das razões de linguística associadas ao sentido comum da palavra, estes dois verbos de acção definem o segundo dever a que está obrigado o superior, após a primeira falha. Este dever destina-se a compensar a primeira falha e a sua violação implica a atribuição de uma responsabilidade criminal. Ora, a acção de prevenção já está contida no primeiro dever de controlo a que o superior está obrigado, repeti-la na definição do segundo dever parece ser inútil e confuso. Pelo contrário, o verbo “impedir” identifica claramente, quanto a nós, a intenção do legislador internacional, ao dar uma segunda oportunidade ao superior hierárquico, no sentido de lhe atribuir o dever de gorar os resultados produzidos pela primeira falha, e assim impedir a comissão do crime;

¹² Mais recomendações de legística podem ser retiradas de Carlos Blanco de Moraes, *Manual de Legística*, 2007, p. 526 a 529.

¹³ Collins Dictionary of English language (2nd edition, 1985), p. 1160 “to prevent” significa “to keep someone from doing something, to hinder or to impede”.

¹⁴ Da subalínea b) da alínea 1) do artigo 28º da versão original ou, na versão portuguesa, da subalínea ii) da alínea a) do artigo 28º.

(2) – *As opções de numeração em geral e do articulado do artigo 28º, em particular seguem, em regra, o disposto no normativo nacional aplicável¹⁵, estando o diploma organizado em preâmbulo e capítulos (devidamente denominados), sendo estes últimos articulados em parte especial, geral e adjectiva, respectivamente. O preâmbulo traduz fielmente o programa político¹⁶ do legislador internacional, através do uso da técnica dos “considerandos”, técnica esta, aliás, muito usada na legislação comunitária e internacional. A cada artigo foi atribuída uma epígrafe que “elucida sinteticamente”¹⁷ sobre o seu conteúdo e que, de um modo geral, enquadra bem a tradução do original na doutrina e na linguagem jurídica nacional. No caso concreto do artigo 28º, e tendo em conta que a “divisão das formulações das normas em diferentes números, é um das técnicas mais correntes na legística formal portuguesa, considerando-se que, do mesmo modo o artigo é a unidade de redacção normativa, o número é a sua subunidade...”¹⁸, as soluções escolhidas e aplicadas à organização interna deste artigo 28º através de alíneas subdivididas, parece-nos conforme às regras implementadas pelas directivas nacionais relativas à legística formal, uma vez que, ao não se atribuir uma divisão em números ao artigo 28º, se respeitou a não existência de mais que uma subunidade na sua redacção normativa. O que acontece é que este rigor legístico formal levou o legislador nacional a uma solução organizativa do artigo 28º bastante diferente da solução original do legislador internacional. Este facto obriga a que, para cada citação de cada alínea e subalínea, se identifique se se trata de uma referência ao texto original ou à tradução portuguesa. A alínea a) do artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional na versão oficial portuguesa corresponde à alínea 1) do artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional na versão oficial em língua inglesa. Do mesmo modo, a subalínea i) da alínea a) do artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, na versão oficial portuguesa, corresponde à subalínea a) da alínea 1) do artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional na versão oficial em língua inglesa. Para liquidar tal*

¹⁵ Regras de legística na elaboração de actos normativos pelo XVI Governo Constitucional, constantes do Anexo II à Resolução do Conselho de Ministros n.º 64/2006, de 18 de Maio, em especial o respectivo artigo 7º.

¹⁶ David Duarte et al, *Legística*, 2002, p. 209 e 210.

¹⁷ Carlos Blanco de Moraes, *Manual de Legística*, 2007, p. 561.

¹⁸ David Duarte et al, *Legística*, 2002, p. 234.



confusão e, a bem da clareza, coerência e precisão, questionamo-nos se não teria sido preferível deixar cair algumas das regras de legística nacional, em benefício de uma organização deste artigo o mais próxima possível do seu original;

(3) – O caso especial do artigo 30º merece também uma referência particular. No direito português, quer no Código Penal, quer no Código de Justiça Militar, a responsabilidade de comando segue o regime geral do elemento mental, não havendo qualquer norma que estabeleça um regime específico para este tipo de responsabilidade. No caso do Estatuto de Roma, o artigo 28º, tal como referimos no Capítulo 5, emenda os requisitos do elemento mental exigido pelo artigo 30º no sentido de uma menor exigência (... em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento... ou não teve em consideração a informação), não só porque se tratam de agentes qualificados detentores de poder hierárquico, mas principalmente porque não se trata de uma omissão de um dever relativo à prática de um crime em concreto (ao contrário do n.º 3 do artigo 25º). O que deveria ficar claro na adaptação da legislação portuguesa é que o artigo 28º é um crime de segunda oportunidade, porque, sendo um tipo omissivo e de natureza intencional, combina uma conduta omissiva dolosa e uma outra negligente, usando a segunda apenas para limitar a responsabilidade pela primeira. O superior torna-se responsável apenas no momento em que as consequências da omissão dolosa são por ele, pela segunda vez, negligentemente ignoradas e se tornam reais (visíveis), através da tentativa ou da execução. O mesmo conceito deveria resultar da aplicação do artigo 6º do Anexo à Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho, e do artigo 48º do Código de Justiça Militar¹⁹, para agentes civis e militares respectivamente.

¹⁹ Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro, que aprova o novo Código de Justiça Militar e revoga a legislação existente sobre a matéria, publicado no Diário da República, I Série – A, n.º 265 em 15 de Novembro de 2003, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 2/2004, publicada no Diário da República, na I Série – A, n.º 2, em 3 de Janeiro de 2004.



6.2. – O caminho que ficou por trilhar nas soluções consagradas na ordem jurídica portuguesa

“A Commander has the duty to take steps”.

*NATO Legal Deskbook*²⁰

A adaptação da legislação nacional ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, deve ser vista, quanto a nós, em duas perspectivas. Por um lado, devemos considerar as soluções que foram, efectivamente, encontradas pelo legislador nacional e que estão consagradas em legislação própria e, por outro, aquelas outras soluções que não viram a luz do dia, em domínios complementares da legislação penal portuguesa. Quer no primeiro caso, quer no segundo, a adaptação da legislação nacional não se deve afastar do espírito do legislador internacional que, como explicámos no Capítulo 5, procurou implementar soluções penais que permitissem pôr fim à impunidade dos chefes militares e ao mesmo tempo contribuísssem para evitar tais crimes. Não estão, segundo o nosso ponto de vista, consagradas soluções penais de retribuição penal, mas de mera prevenção, que levem os comandantes militares e os outros superior hierárquicos a agir preventivamente no sentido de evitar que se crie um clima de impunidade durante os conflitos armados. Começemos então pelas primeiras, que foram efectivamente implementadas.

Referimos, no ponto anterior, a cronologia dos instrumentos que conduziram à implementação do Estatuto de Roma na ordem jurídica portuguesa. Referimos na altura a Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho, que adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional²¹, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário (17ª Alteração ao Código Penal)²². Essa adaptação consistiu na aprovação da lei penal relativa às violações do direito internacional humanitário,

²⁰ Edition 2008, p. 221.

²¹ Alterada pelo artigo 4º, n.º 1 da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, 23ª Alteração ao Código Penal (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro).

²² Referimos também o Acordo sobre os Privilégios e Imunidades do Tribunal Penal Internacional (Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 42/2007, de 10 de Setembro); o Aviso n.º 20/2002, de 14/03/2002 que torna público o depósito do instrumento de ratificação; o Aviso n.º 37/2002, de 09/05/2002 que torna público o depósito de Instrumento de Ratificação e Declaração Interpretativa/Portugal; e o Aviso n.º 105/2002, de 25/11/2002 que torna pública a lista dos Estados Partes do Estatuto.

anexa à Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho. O artigo 6º do citado Anexo legisla sobre a matéria da responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores nos seguintes termos:

Artigo 6º²³

Responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores (i)

1 — Salvo o disposto no **Código de Justiça Militar** (ii), o chefe militar ou a pessoa que actue como tal que, tendo ou devendo ter conhecimento de que as forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob sua responsabilidade e controlo efectivos (iii) estão a cometer ou se preparam para cometer qualquer dos crimes previstos nesta lei, não adopte todas as medidas necessárias e adequadas para **prevenir** ou **reprimir** (iv) a sua prática ou para a levar ao conhecimento imediato das autoridades competentes, é punido com a **pena correspondente ao crime ou crimes que vierem efectivamente a ser cometidos** (v).

2 — O disposto no número anterior é, com as devidas adaptações, aplicável ao superior quanto ao controlo dos subordinados sob a sua autoridade e controlo efectivos (vi).

- (i) Assumindo que a intenção do legislador português ao introduzir o artigo 6º acima transcrito foi a de adaptar a legislação penal portuguesa ao artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, começamos por deixar claro as nossas reservas relativamente ao modo como foi redigida a epígrafe deste mesmo artigo. Referimos no Capítulo 5 que o artigo 28º do Estatuto do TPI está organizado em duas categorias de agentes: o comandante militar ou pessoa que actue como tal, tendo a capacidade para exercer o seu comando/autoridade e controlo efectivo sobre os seus subordinados (n.º 1 do artigo 28º); e ainda todos os outros superior hierárquicos não incluídos na alínea anterior (n.º 2 do artigo 28º). Isto é, em ambos os casos, deverá estar presente o elemento funcional. Tal facto leva-nos a considerar que o vocábulo “hierárquicos” tem necessariamente de fazer parte da epígrafe do artigo nos seguintes termos: “Responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores hierárquicos” no sentido de clarificar que se trata efectivamente de uma responsabilidade que exige a existência de um vínculo directo e concreto, não aproveitando a qualquer superior em termos genéricos;
- (ii) Se considerarmos correcta a leitura anterior sobre a organização do artigo 28º, então podemos incluir agentes militares susceptíveis de lhes ser aplicada este tipo de

²³ Negrito do autor.

responsabilidade, quer no n.º 1 do artigo 28º (os comandantes militares), quer ainda no n.º 2 do artigo 28º (os outros militares). O mesmo será verdadeiro relativamente aos agentes não militares, uma vez que n.º 1 do artigo 28º faz referência à expressão “... ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar” e o n.º 2 do artigo 28º, refere “...superiores hierárquicos não referidos no n.º 1...”. Tendo o Código Penal Português uma relação de especialidade com o Código de Justiça Militar (código este que data de 2003)²⁴ em matéria penal, esperar-se-ia uma articulação entre ambos no sentido de respeitar a especialidade do segundo acervo (analisaremos mais tarde o artigo 48º do CJM). Tal articulação, do nosso ponto de vista, não foi sequer esboçada;

- (iii) O artigo 6º refere “o chefe militar ou a pessoa que actue como tal que, tendo ou devendo ter conhecimento de que as forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob sua responsabilidade e controlo efectivos”. O artigo 28º usa consistentemente a expressão “comando e controlo efectivo” sempre que estão em causa agentes militares em exercício de funções de comando; e a expressão “autoridade e controlo efectivos” sempre que estão em causa todos ou outros agentes investidos exclusivamente de funções de chefia ou de autoridade hierárquica. O artigo 6º não só mistura os dois conceitos, mas introduz o vocábulo “responsabilidade”. Esta distinção, tal como explicámos no Capítulo 5, relaciona-se com o standard de conhecimento exigível em cada um dos casos e com a censurabilidade da violação da norma que, para o legislador internacional, tem, como também vimos no Capítulo 5, uma acentuada diferença;
- (iv) O artigo 6º refere também a expressão “...não adopte todas as medidas necessárias e adequadas para prevenir ou reprimir...” expressão esta a que se aplicam os nossos comentários já exarados sobre a tradução dos vocábulos “prevenir” ou “reprimir”, na perspectiva de um crime de segunda oportunidade;

²⁴ Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro, que aprova o novo Código de Justiça Militar e revoga a legislação existente sobre a matéria, publicada no Diário da República, na I Série – A, n.º 265 em 15 de Novembro de 2003, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 2/2004, publicada no Diário da República, na I Série – A, n.º 2 em 3 de Janeiro de 2004.

- (v) O artigo 6º prevê uma moldura penal quer para os agentes comandantes militares, quer para os superiores hierárquicos, uma pena correspondente ao crime ou crimes que vierem efectivamente a ser cometidos. Quanto a nós, esta solução configura um grave duplo erro, inaceitável à luz dos princípios a que Portugal aderiu ao ratificar o Estatuto de Roma. Por um lado, o Estatuto é claríssimo ao distinguir as obrigações de agentes militares em exercício de funções de comando de outros agentes investidos exclusivamente de funções de chefia ou de autoridade hierárquica, pelo que não se aceita a mesma moldura penal no caso de violação da lei. Por outro lado, ainda talvez mais gritante, é o facto de que a atribuição de uma pena “correspondente ao crime ou crimes que vierem efectivamente a ser cometidos”, significa que o comandante é também responsável pelo que veio efectivamente a ser cometido pelo subordinado, facto que não se enquadra no espírito do artigo 28º, mas do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto do TPI, uma vez que, como procurámos explicar, o artigo 28º constitui modalidades de responsabilidade individual numa perspectiva de um específico modo de participação, avaliado como uma extensão do n.º 3 do artigo 25º e não uma mera responsabilidade pela participação. Para além de tudo quanto se expôs, como vimos no Capítulo 5, no ponto 5.3 “O comandante é criminalmente responsável por que factos (*ratione materie*)?” a responsabilidade a atribuir, na perspectiva da responsabilidade de comando, varia conforme o momento em que o subordinado teve conhecimento ou deveria ter tido conhecimento. Esta solução do artigo 6º, a nosso ver, parece-nos que enferma e desvirtua a lógica do artigo 28º do Estatuto do TPI e impõe ao arguido um regime e uma moldura penal muito mais pesada do que o legislador internacional desejou, confundindo a responsabilidade de comando com a responsabilidade pela comparticipação do n.º 3 do artigo 25º;
- (vi) Pelas razões invocadas anteriormente, o modo como foi redigido o n.º 2 do artigo 6º lança ainda mais confusão a um articulado já de si equívoco e com soluções penais inaceitáveis, com o legislador português a recuperar a expressão “autoridade e controlo efectivos” e o vocábulo “superior” de modo isolado.

O Tribunal Penal Internacional tem jurisdição exclusivamente sobre os crimes previstos no seu artigo 5º, os quais designou como: “...crimes mais graves que afectam a comunidade internacional no seu conjunto”. Os crimes que não se encontram tipificados neste artigo e nos artigos 6º a 8º do Estatuto de Roma podem ainda pertencer à classificação dos crimes mais graves que afectam a comunidade internacional no seu conjunto, mas não são relevantes para o Estatuto de Roma, pois estão fora da jurisdição do Tribunal. Todavia, as legislações nacionais podem tutelar tais crimes²⁵, como aliás o faz o Código de Justiça Militar Português. Ainda dentro da perspectiva das soluções efectivamente consagradas na ordem jurídica nacional, merece uma referência especial o Código de Justiça Militar, e, em particular, os artigos 9º e 48º, uma vez que o Código estabelece um regime penal específico aplicável aos crimes de natureza estritamente militar, puníveis por legislação de carácter especial, e aos quais se aplica subsidiariamente as disposições do Código Penal²⁶. Vejamos, em concreto, tais normas:

Artigo 48º

Responsabilidade do superior

O superior hierárquico que, tendo, ou devendo ter, conhecimento (i) de que um subordinado está cometendo ou se prepara para cometer qualquer dos crimes previstos no presente capítulo, não adopte as medidas necessárias e adequadas para prevenir ou reprimir (ii) a sua prática ou para a levar ao conhecimento imediato das autoridades competentes é punido com a pena correspondente ao crime ou crimes que vierem efectivamente a ser cometidos (iii).

Artigo 9º

Equiparação a crimes cometidos em tempo de guerra²⁷

Para efeitos de aplicação do disposto no livro I e nos capítulos I a V do livro II deste Código, consideram-se, com as necessárias adaptações, **equivalentes a crimes cometidos em tempo de guerra** (iv) os perpetrados em estado de sítio e de emergência ou em ocasião que pressuponha a aplicação das convenções de Genebra para a protecção das vítimas de guerra, bem como os relacionados com o empenhamento das Forças Armadas ou de outras forças militares **em missões de apoio à paz**, no âmbito dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português.

²⁵ Tal como recomenda Otto Triffterer, *Command Responsibility*, 2005, p. 906.

²⁶ Nos termos do artigo 2º da Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro, que aprova o novo Código de Justiça Militar e revoga a legislação existente sobre a matéria, publicada no Diário da República, na I Série – A, n.º 265 em 15 de Novembro de 2003, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 2/2004, publicada no Diário da República, na I Série – A, n.º 2, em 3 de Janeiro de 2004.

²⁷ Negrito do autor.

- (i) A expressão “superior hierárquico” uma vez mais não faz a distinção prevista entre os n.ºs 1 e 2 do artigo 28º, não distinguindo portando entre comandantes militares e outros superiores hierárquicos. Aliás, é esta a lógica da epígrafe do próprio artigo 48º do CJM. Para além deste facto, não faz referência às circunstâncias do momento, facto muito importante para a determinação da medida da pena em concreto. Por outro lado ainda, ao estender esta responsabilidade a “qualquer dos crimes previstos neste capítulo (Crimes contra os direitos das pessoas)” confunde crimes de guerra no sentido de “grave breaches”, crimes de guerra no sentido de “serious breaches” e ainda outras violações, quando o artigo 28º do Estatuto do TPI se dirige exclusivamente a um número limitado e específico de crimes, mas não só aos crimes contra os direitos das pessoas;
- (ii) O artigo 48º refere também a expressão “...não adopte todas as medidas necessárias e adequadas para prevenir ou reprimir...” expressão esta a que se aplicam os nossos comentários já exarados supra sobre a tradução dos vocábulos “prevenir” ou “reprimir”, na perspectiva de um crime de segunda oportunidade;
- (iii) e (iv) Adoptando o artigo 48º do CJM uma fórmula semelhante ao artigo 6º do Anexo à Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho - “... é punido com a pena correspondente ao crime ou crimes que vierem efectivamente a ser cometidos...” - os mesmos comentários aduzidos anteriormente ao artigo 6º são também válidos para o artigo 48º do CJM. Todavia, por força do artigo 9º do CJM, que faz equivaler estes crimes a crimes cometidos em tempo de guerra, se praticados em missões de apoio à paz, a nossa discordância ainda se acentua mais, porquanto as missões de apoio à paz, pelo menos, as que decorrem ao abrigo do Capítulo VI da Carta das Nações Unidas²⁸, não conferem às forças das Nações Unidas ou actuando em seu nome, o Estatuto de Combatentes nos termos do artigo 43º do Protocolo Adicional I de 1977, uma vez que não são parte num conflito armado²⁹. Para além deste facto, se a formulação do artigo

²⁸ Sendo discutível as que decorrem ao abrigo do Capítulo VII.

²⁹ Forças de apoio à paz (Capítulo VI da Carta das Nações Unidas) - Ao actuarem sob mandato internacional estas forças detêm um estatuto especial no sentido em que, não podendo ser classificadas como verdadeiros combatentes nos termos do artigo 43º do



9º “...ocasião que pressuponha a aplicação das convenções de Genebra para a protecção das vítimas de guerra...” for entendida como missões de natureza exclusivamente humanitária, então é ainda mais injusta e completamente fora do espírito do Estatuto de Roma a solução do plasmada pelo legislador militar português. Isto é, não só se faz equivaler a pena do superior (sem se dizer que tipo de superior) à pena do crime efectivamente praticado, como ainda por cima lhe faz aplicar um regime penal menos favorável. Em ambos os casos a solução é, do nosso ponto de vista, infeliz e não contribui para a impunidade dos crimes praticados em conflitos armados.

Quanto ao segundo grupo, isto é, aquele conjunto de soluções que se esperavam do legislador português com vista à adaptação ao Estatuto de Roma e apenas no que respeita à temática da responsabilidade dos chefes militares e dos outros superiores hierárquicos, o panorama revela-se ainda mais desanimador. Senão vejamos:

A Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de Julho, pela qual foi aprovado o Regulamento de Disciplina Militar, foi publicada no Diário da República, I- Série, n.º 140, em 22 de Julho de 2009. Isto é, um diploma recentíssimo, quase em vésperas da revisão do Estatuto de Roma. Todavia, nem um único aspecto disciplinar relativo à responsabilidade dos chefes militares foi regulado, em especial aqueles aspectos que, não podendo nem devendo ser regulados pelo direito internacional, se esperava que o fossem pelo direito disciplinar militar nacional. Vejamos, pois, alguns exemplos aos quais o legislador militar português inexplicavelmente não atribuiu importância jurídico-disciplinar:

PA I, uma vez que, por definição, não são parte num conflito. Todavia, nas missões de “peacekeeping”, onde as tarefas são principalmente de monitorização e de presença, pode haver acções de legítima defesa nos termos da Lei dos Conflitos Armados. Não podem constituir-se como objectivos militares legítimos, nem os seus militares podem ser capturados no sentido de se constituírem Prisioneiros de Guerra (POW). Logo que detidos, devem ser entregues à autoridade nacional competente. As acções de legítima defesa estão fora do âmbito da Lei dos Conflitos Armados (LOAC) mas, de acordo com as regras de empenhamento (ROE) aprovadas pelo Conselho de Segurança (Elis van Shiedregt, p. 255), as forças de apoio à paz (Capítulo VII Carta das Nações Unidas), ao actuarem sob mandato internacional, têm um estatuto especial no sentido em que, não podem ser classificadas como verdadeiros combatentes nos termos do artigo 43º do PA I uma vez que, por definição, não estão num conflito. Todavia, nas missões de “peace enforcement” podem conduzir operações ofensivas e defensivas nos termos da Lei dos Conflitos Armados. O seu estatuto jurídico não se encaixa no Direito Internacional dos Conflitos Armados (LOAC), mas no mandato e nas regras de empenhamento aprovadas.



- (1) *Não se prevêem medidas disciplinares para o superior pelos crimes dos subordinados que não resultem de falhas suas de controlo, mas que ainda assim lhe possam ser atribuídas por via disciplinar (por exemplo, falhas de treino, falhas de procedimentos, etc.)*³⁰;
- (2) *Um oficial de Estado-Maior não é responsável, como vimos, pelos crimes praticados pelo seu comandante. Todavia, também não é criminalmente responsável por não ter dado a informação ao seu comandante que o levaria a concluir que tal acção é crime, uma vez que a falha desse dever só pode ser responsabilizável perante a legislação nacional*;
- (3) *Como referimos no decorrer do Capítulo 5, é também o caso do Chefes de Estado-Maior relativamente ao modo como deve ser executada esta função, uma vez que tal execução está subordinada às regras nacionais e a jurisprudência internacional tem vindo a considerar que, do ponto de vista do direito internacional, estes oficiais não são responsabilizáveis internacionalmente*³¹ *por não providenciarem informação que permitiria ao comandante concluir que, um determinado acto, se tratava de um crime de guerra, uma vez que essa responsabilização só pode fazer-se através do direito nacional*;
- (4) *Também como referimos no decorrer do Capítulo 5, a mera falha em exercer o controlo sem consequências visíveis (sem ultrapassar a linha de punibilidade), sem que tenham lugar consequências físicas (resultado ou tentativa), não é tutelada pelo direito internacional na perspectiva do Estatuto de Roma, mas poderá sê-lo pelo direito doméstico como medida concorrente e dissuasora, em termos disciplinares*;

³⁰ Tal como recomendado por Otto Triffterer, *Command Responsibility*, 2005, p. 909 e 910. Este mesmo autor fornece, a páginas 915 do mesmo texto, o exemplo alemão na perspectiva de que este ordenamento jurídico criminaliza a simples omissão dolosa do dever de controlo, ainda que os subordinados nem sequer realizem uma tentativa para cometer crimes.

³¹ A. P. V. Rogers, p. 197 (2004) – *Hostages Trial VIII WCR* 34-92 – “A Staff officer is not guilty of a war crime by the reason only of his knowledge of illegal acts or of outcome of his commander’s orders which he approved from his point of view and issued on his commander behalf”. *The High Command Trial, XII WCR*, p. 81 – “A Staff officer is not liable for failing to pass information to his commander about war crimes, on the grounds that a staff officer’s duty to pass information to his superiors stems from national regulations rather than international law”. *Tokyo Trials Abstracted in XV WCR*, 78 – “There must, therefore, be some personal involvement on the staff officer’s part, such as when he issued orders on his behalf (*Woehler Trail XII WCR* 113-118), drafts them himself (*The High Command trail XII WCR* at p. 118) or influences policy”.

(5) *Tal como afirmámos no decorrer do Capítulo 5, quando um comandante assume o comando e já está a decorrer a execução de um crime pelos seus subordinados, o comandante que acaba de assumir o comando não pode ser responsável pela falha de contrariar a primeira falha, uma vez que ele não era comandante no momento em que o seu antecessor falhou o seu dever de controlo. Esta eventual segunda falha será relevante para outros tipos de responsabilidade (como, por exemplo, a disciplinar), mas não em sede do artigo 28º do Estatuto do TPI e de responsabilidade individual internacional.*

Ainda duas breves notas finais. Primeiro, tal como vimos no Capítulo 5, deve referir-se que a responsabilidade do comandante ou do superior depende da tentativa ou o resultado. Todavia, a alínea a) do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto do TPI acrescenta um aspecto muito importante: na realidade, a responsabilidade do comandante ou do superior não depende da responsabilidade ou da punibilidade do seu subordinado, isto é, no caso do seu subordinado ser menor de 18 anos, os requisitos de responsabilidade do comandante ou do superior, havendo um resultado ou uma tentativa, estão preenchidos, uma vez que, segundo o artigo 26º do Estatuto, o Tribunal não tem jurisdição sobre pessoas com menos de 18 anos. O artigo 26º do Estatuto de Roma considera inimputáveis os menores de 18 anos.³² Todavia, o artigo 8º, n.º 2, alínea e), (vii) também do mesmo Estatuto, considera crime o recrutamento de crianças antes dos 15 anos³³. Isto significa que, entre os 16 e os 17 anos, os menores podem praticar crimes de guerra sem serem responsabilizáveis perante este tribunal internacional. Este caso coloca o problema da responsabilidade por tais crimes, quando praticados por menores, que, segundo a nossa opinião, deverá ser perspectivada do ponto de vista nacional³⁴, para o caso específico dos conflitos armados. No caso português, como nada se encontra regulado em particular para crimes de guerra, os menores que pratiquem tais crimes, e se encontrem nas condições de aplicabilidade da lei penal portuguesa, ficam abrangidos pelo

³² Tal como faz a alínea g) do artigo 2º do Anexo à Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho.

³³ Para a legislação portuguesa, os menores de 16 anos são inimputáveis (artigo 19º do Decreto-Lei n.º 400/82, 23 de Setembro, republicado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro).

³⁴ Tal como recomenda Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 267.

regime fixado em legislação especial, que no nosso entender não foi pensada para tais situações de conflito armado.

A segunda e última nota não pode deixar de ser uma apreciação crítica ao modo como foi, em geral, consagrado o crime relativo à responsabilidade de comando, quer no Código Penal Português, quer muito particularmente do Código de Justiça Militar. É que, em boa verdade, o crime que acabou por ser plasmado, entre nós em lei, embora esteja sujeito a epígrafe semelhante à do crime do artigo 28º do Estatuto de Roma, não segue o mesmo regime, nem quanto aos seus elementos objectivos e muito menos quanto aos seus elementos subjectivos. É que, como tivemos oportunidade de referir, o crime do artigo 28º do Estatuto de Roma deve ser entendido na perspectiva do n.º 3 do artigo 25º, consideradas as particularidades do artigo 30º do Estatuto de Roma quanto ao elemento subjectivo. Ora, quer o artigo 6º do Anexo à Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho, quer ainda o artigo 48º do CJM, não foram pensados para se constituírem como crimes cujo regime penal configura um crime de segunda oportunidade, nem foram plasmados no direito português como crimes que devem ser entendidos na perspectiva de um espaço deixado em aberto pela figura da comparticipação criminosa. Assim sendo, receamos bem que a sua aplicação ao caso concreto seja, infelizmente, injusta para os possíveis arguidos, face aos objectivos, ao espírito e à intenção dos Estados que prepararam e negociaram o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. É que a única censurabilidade que a comunidade internacional teve intenção de atribuir ao crime praticado por um comandante, na perspectiva da responsabilidade de comando e dos outros superiores hierárquicos, foi, efectivamente, a que o liga à sua falha relativa seu dever “to take steps”, e não ao crime praticado pelo subordinado, como parece preconizar o legislador português, relativamente o mesmo crime na ordem jurídica portuguesa.



7. Conclusões

“There are limits to leader responsibility”

Jordan J. Paust¹

Concluir é sempre arriscado, mas é um exercício necessário, tendo em conta que apresentámos muitos aspectos comuns à doutrina maioritária, mas também algumas diferenças de entendimento relativamente aos elementos essenciais do crime. Estas pequenas diferenças serão identificadas em linha com a perspectiva que refere Mohandas Karamchand Gandhi, procurando “um sinal de honestidade académica”².

Uma das ideias mais importantes que procuramos defender ao longo da toda a exposição que apresentamos foi a de que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional vem prover à necessidade de aperfeiçoar a justiça internacional, para que nunca mais se levantem dúvidas sobre os seus fundamentos, quando estes são exclusivamente aplicados pelos vencedores, como aconteceu em Tóquio e Nuremberga. Alfred Thayer Mahan (1840-1914) disse que “a derrota exige explicações; enquanto o sucesso, tal como a caridade, esconde um mundo de pecados (tradução do autor)”³. Neste sentido, as soluções consagradas pelo Estatuto de Roma, independentemente dos seus méritos ou deméritos do ponto de vista da legística e da prática dominante, têm um valor não quantificável, porque permitem conhecer as regras, estudá-las e aperfeiçoá-las, antes da prática dos factos.

Eric Stover⁴ refere-se ao Tribunal Penal Internacional como um “tribunal das vítimas”, afirmado que só o tempo pode esclarecer se esse facto é uma bênção ou uma maldição. Quanto a nós, o grande mérito deste tribunal não poderá deixar de ser o de se constituir como um “aviso à navegação” no sentido do equilíbrio de uma justiça internacional que encontrou o

¹ International Crime Law, 2nd ed, p. 228.

² Mahatma Gandhi (1869-1948): “Honest differences are often a healthy sign of progress”. [Em Linha] [Acesso em 29 de Dezembro 2009]. <http://www.quotationspage.com/quote/2254.html>.

³ Alfred Thayer Mahan (1840-1914): “Errors and defeats are more obviously illustrative of principles than successes are Defeat cries aloud for explanation; whereas success, like charity, covers a multitude of sins”. Naval Strategy (1911), [Em Linha] [Acesso em 29 de Dezembro 2009]. <http://www.combat.ws/S3/bakissue/cmbt05n1/sfrapnel.htm>.

⁴ The witness: war crimes and the promise of justice in The Hague, p. 148 – “The ICC, at least on paper, is a “victim’s court”. Only the time will tell if this proves to be a blessing or a curse”.



justo termo entre “os cães de guerra” a que o “fog of war” deu corpo e os “lobos de pantufas” a que alguns parecem apostados a reduzir a condição dos comandantes militares em operações.

A teoria da responsabilidade de comando ou, mais propriamente, da designada responsabilidade dos superiores hierárquicos é, simultaneamente, objecto das maiores expectativas e das mais acutilantes críticas. Por um lado, esta figura é, como referimos amiudadamente, percebida como uma ferramenta indispensável para a atribuição da responsabilidade criminal a militares e a civis em tempo de conflito armado, personagens estas que detêm um papel decisivo na implementação do direito internacional humanitário durante os conflitos. Por outro lado, esta mesma figura levanta as maiores preocupações, não só pelo peso histórico de uma responsabilidade que divergiu ao longo dos tempos, mas também por ser uma doutrina a aplicar quando todas as outras falham, e, por isso mesmo, uma espécie de doutrina de segunda ordem. Isto é, a doutrina da responsabilidade de comando funciona como uma espécie de reserva da responsabilização individual, um último ratio no sentido da tutela de um direito penal internacional ainda em construção.

Não podemos perder de vista que o principal objectivo da responsabilidade de comando é assegurar que os comandantes e os superiores hierárquicos exercem o controlo apropriado para prevenir e, se necessário, punir os crimes dos seus subordinados e assim assegurar o cumprimento das regras humanitárias internacionais. O Estatuto de Roma, ao consagrar a figura do n.º 2 do artigo 27º relativa à derrogação dos procedimentos nacionais relativos às imunidades pessoais, derrogação esta que também está presente nos estatutos dos tribunais penais internacionais ou especiais, reconhece que a responsabilidade por crimes internacionais se estende aos dirigentes do Estado, que, na grande maioria das vezes, não os cometeram directamente, mas através de ordens, de planos e de objectivos, de instigação, de organização, de ajuda, de encobrimento, do uso de uma autoridade de influência ou, simplesmente, através da tolerância culpável ou, ainda, negligentemente por falharem a sua prevenção e o seu castigo.

Uma primeira e imediata conclusão deve retirar-se no sentido de que a responsabilidade de comando tem por objecto uma grande parte dos crimes da jurisdição do Tribunal Penal



Internacional que são praticados com o apoio de superiores, actuando na sua função oficial, ou, pelo menos, com a sua silenciosa tolerância, mesmo quando estes superiores ocupam as mais elevadas posições na hierarquia de um Estado. Este facto faz deste conceito um dos mais importantes e decisivos de todo o Estatuto.

Consideramos também muito importante, como aliás refere Joe Klein⁵, compreender que militares e juristas vivem em realidades distantes. Os segundos procuram a verdade no abstracto mundo das leis e dos códigos, códigos esses que parecem sempre inadequados, quando confrontados com os inesperados e violentos factos que ocorrem durante os conflitos armados. Os primeiros, confrontam-se com o horror do “já” e do “agora” e com o facto de as suas decisões serem pagas em vidas humanas, mesmo quando acertadamente tardias. Entre estes, apenas os melhores compreendem a necessidade da existência de regras, mas raramente podem dar-se ao luxo da abstracção. Uma segunda conclusão aponta para a necessidade de aproximação entre estes dois mundos, entre estas duas linguagens e entre estas realidades tão diversas. Este estudo procurou também contribuir para uma aproximação entre ambas as realidades.

Uma terceira conclusão apresenta-se na avaliação da tabela seguinte⁶ (14 casos, dos quais apenas 4 apresentam desenvolvimentos significativos), tabela que mostra claramente que ainda é muito cedo para se apurarem certezas sobre a responsabilidade de comando no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Em particular, como referimos, o caso de Jean-Pierre Bemba Gombo parece ser o mais directamente relacionado com a problemática estudada:

⁵ Revista Time, 1st June, 2009, Terrorism on Trial, p. 16.

⁶ [Em Linha] [Acesso em 29 de Junho de 2009]. http://en.wikipedia.org/wiki/International_Criminal_Court.

Summary of investigations and prosecutions by the International Criminal Court (as of March 2009)

Situation	Referral (date)	Investigation opened	Individuals indicted	Transferred to the ICC	Charges confirmed	Status
Northern Uganda	Government of Uganda (December 2003)	July 2004	Joseph Kony			Fugitive
			Vincent Oti			Died in 2007
			Raska Lukwiya			Died on 12 August 2006
			Okot Odhiambo			Fugitive
			Dominic Ongwen			Fugitive
Democratic Republic of the Congo (DRC)	Government of the DRC (March 2004)	June 2004	Thomas Lubanga	17 March 2006	29 January 2007	In ICC custody, trial began on 26 January 2009
			Germain Katanga	17 October 2007	26 September 2008	In ICC custody, trial to start on 24 September 2009
			Mathieu Ngudjolo Chui	6 February 2008	26 September 2008	In ICC custody, trial to start on 24 September 2009
			Bosco Ntaganda			Fugitive
Central African Republic (CAR)	Government of the CAR (December 2004)	May 2007	Jean-Pierre Bemba	3 July 2008	15 June 2009	In ICC custody, awaiting trial
Darfur, Sudan	UN Security Council (March 2005)	June 2005	Ahmed Haroun			Fugitive
			Ali Kushayb			Fugitive
			Omar al-Bashir			Fugitive
			Bahr Idriss Abu Garda			Appearing voluntarily, confirmation of charges hearing set for 12 October 2009

Todavia, uma quarta conclusão pode retirar-se no sentido de haver já algumas tendências identificáveis, relativamente à natureza de tal responsabilidade. Entendemos aqui por natureza os atributos que permitem defender as teses que enunciámos na introdução:

- *Qual o conceito base associado à responsabilidade de comando?*
- *Qual o conceito relativo ao tipo de crime que está associado a esta responsabilidade?*
- *Como se deve entender o seu elemento subjectivo?*
- *Como considerar este crime como um crime de segunda oportunidade?*
- *Como se devem encarar as soluções consagradas pelo legislador português nesta matéria?*

Os superiores hierárquicos e os comandantes têm hoje inequívocas responsabilidades tuteladas pelo direito internacional criminal, responsabilidades essas que dificilmente podem ludibriar, mesmo quando não executaram os crimes, nem mesmo quando estes foram perpetrados pelos seus subordinados e não seja possível demonstrar o seu conhecimento directo. Os comandantes modernos têm de estar atentos, vigilantes, têm que combater a sua negligência em estar informados sobre as actividades dos seus subordinados, dando uma nova dimensão ao dito militar, muito em uso entre nós, segundo o qual “nada se move sem o ámen do comandante”. As duplas tragédias, como as tentativas de ocultação que se verificaram em



My Lai e Haditha são agora, também elas, objecto de responsabilidade criminal⁷, através da imposição de um dever de denúncia e de conhecimento da entidade competente para cada caso.

Os artigos 25º e 28º em conjunto (considerados a par com o artigo 31º) descrevem todas as condutas típicas da jurisdição do Estatuto de Roma. O n.º 3 do artigo 25 e o artigo 28º do Estatuto de Roma descrevem o modo como vários agentes se relacionam na comissão dos crimes dos artigos 6º a 8º, com a particularidade que o artigo 25º se aplica a qualquer agente e o artigo 28º só se aplica a agentes qualificados como superiores, devidamente organizados em dois grupos. No caso do n.º 3 do artigo 25º o agente deve preencher uma das alternativas apresentadas e, só no caso de não ser possível subsumir o comportamento do agente numa das três alternativas, deve então ser considerada a regra do artigo 28º.

No que respeita ao elemento subjectivo, defendemos que a regra geral do artigo 30º é excepcionada pelo artigo 28º, no momento em que define a responsabilidade de comando, também como uma conduta negligente, sem que, contudo, haja responsabilidade sem conhecimento. Todavia, no que respeita aos deveres de controlo e de reacção a esta falha inicial, defendemos que a primeira omissão é uma falha dolosa e a segunda não pode deixar de ser apenas uma falha negligente. Toda a noção do crime relativo à responsabilidade de comando combina uma conduta intencional e negligente, usando a segunda como limite à primeira. No que respeita à falha intencional dos deveres de controlo, bastará mostrar que o superior sabia que a falha de controlo poderia resultar na comissão de um dos crimes.⁸ Consta-se que, ao contrário do n.º 3 do artigo 25º, não faz qualquer diferença saber se o superior estava convencido que de facto os subordinados iriam cometer os crimes, basta que essa fosse uma possibilidade no normal decorrer dos acontecimentos. Quando à segunda falha, as referências ao elemento subjectivo do tipo do artigo 28º do Estatuto de Roma multiplicaram-se ao longo do texto que apresentámos. Ficaram estabelecidos dois critérios fundamentais, relativamente ao conhecimento reconstruído, que, como vimos, pode ser determinável através de critérios. O primeiro, relativo aos chefes militares, no sentido em que

⁷ Rup C. Hingorani, *Command Responsibility and War Crimes*, *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (Humanitäre Völkerrecht)* p.52: "The commander or superior who seeks to cover the violations committed by his/her subordinates is equally responsible".

⁸ Otto Triffterer, *Command Responsibility*, article 28º Rome Statute, 2004, p. 241.



estes apresentam um dever de se manterem informados sobre as actividades dos seus subordinados, uma vez que o legislador internacional exarou a sua incriminação, com base numa “*strick liability*”, isto é, ao comandante é exigido que se mantenha vigilante, e que dentro dos limites do razoável, conheça, impeça, reprima, investigue e puna, se for caso disso. Isto é, a linguagem desta solução baseia-se na maioria dos sistemas nacionais e pode ser sintetizada como uma responsabilidade de base negligente, dos sistemas da “*civil law*”. O segundo, relativo a todos os outros superiores hierárquicos, obriga a um procedimento de alerta baseado na informação disponibilizada e relativa à matéria tutelada pelo vínculo hierárquico, com base numa “*loose liability*”, isto é, como maiores exigências relativamente à determinação do conhecimento do superior hierárquico. Neste caso, diríamos, como faz Jenny S. Martinez, que se trata de uma responsabilidade com base no conceito de “*recklessness*”, mais próximo dos sistemas da “*common law*”. Este esclarecimento parece ser, quanto a nós, um bom contributo para enterrar o fantasma de Yamashita.

Vemos a responsabilidade penal dos chefes militares como um crime de segunda oportunidade, porque só se atinge a linha limite de punibilidade, no momento em que há um resultado (que pode ser uma mera tentativa) como consequência da segunda oportunidade que o superior teve para compensar a sua primeira falha de controlo. Todavia, no caso dos superiores a que se refere a alínea 2) do artigo 28º da versão original (correspondente à alínea 6) do artigo 28º na versão oficial portuguesa) existem mais oportunidades para afastar a responsabilidade (outros limites de responsabilidade), uma vez que, não só o conhecimento presumido é menor, como existe ainda a possibilidade de afastamento da responsabilidade em relação à matéria.

Há, todavia, dois pontos muito importantes em que não seguimos a corrente maioritária da doutrina. O primeiro, é a questão de saber por que é o comandante responsável depois do facto e o segundo, é a problemática da responsabilidade do comandante, quando a sua omissão se baseia na intenção de permanecer na ignorância, por forma a possibilitar a comissão do crime e afastar a sua responsabilidade. No primeiro caso, defendemos que o comandante

⁹ Jenny S. Martinez, *Understanding Mens Rea in Command Responsibility*, p. 659.



depois do facto é apenas responsável pela sua omissão e não pelas consequências do crime do seu subordinado, uma vez que, tendo cumprido todos os requisitos da norma, ele não está obrigado a garantir um resultado, mas apenas a levar ao conhecimento da entidade competente os factos. No segundo caso, embora possamos compreender os argumentos de que ainda se trata de uma omissão dolosa nos termos do artigo 28º e que esta problemática terá que ser decidida caso a caso¹⁰, optamos por uma responsabilização nos termos do n.º 3 do artigo 25º, uma vez que, para além de uma omissão dolosa (o artigo 25º também abrange omissões), há uma assistência, uma vez que o superior sabe e quer com a sua acção ajudar a comissão do crime, condição que o artigo 28º não exige. O elemento subjectivo do superior, agindo neste caso como um cúmplice (ou até mais do que isso), define-se pelo conhecimento e aceitação da intenção do agente do crime seu subordinado.

Uma quinta conclusão deve ser identificada relativamente ao modo como foi trabalhado o conceito da responsabilidade de comando, quer no Código Penal Português, quer muito particularmente do Código de Justiça Militar. O crime que acabou por ser plasmado, entre nós em lei, embora esteja sujeito a epígrafe semelhante à do crime do artigo 28º do Estatuto de Roma, não segue o mesmo regime, nem quanto aos seus elementos objectivos e muito menos quanto aos seus elementos subjectivos. É que, como tivemos oportunidade de referir, o crime do artigo 28º do Estatuto de Roma deve ser entendido na perspectiva do n.º 3 do artigo 25º, consideradas as particularidades do artigo 30º do Estatuto de Roma quanto ao elemento subjectivo. Ora, quer o artigo 6º do Anexo à Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho, quer ainda o artigo 48º do CJM, não foram pensados para se constituírem como crimes cujo regime penal configura um crime de segunda oportunidade, nem foram plasmados no direito português como crimes que devem ser entendidos na perspectiva de um espaço deixado em aberto pela figura da comparticipação criminosa. Assim sendo, receamos bem que a sua aplicação ao caso concreto seja, infelizmente, injusta para os possíveis arguidos, face aos objectivos, ao espírito e à intenção dos Estados que prepararam e negociaram o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. É que a única censurabilidade que a comunidade internacional teve

¹⁰ Otto Triffterer, *Command Responsibility*, article 28º Rome Statute, 2004, p. 248.



intenção de atribuir ao crime praticado por um comandante, na perspectiva da responsabilidade de comando e dos outros superiores hierárquicos, foi, efectivamente, a que o liga à sua falha relativa seu dever “to take steps”, e não ao crime praticado pelo subordinado, como parece preconizar o legislador português, relativamente o mesmo crime na ordem jurídica portuguesa.

Uma das características que apresentam as organizações militares, tal como referimos no Capítulo 2, é a sua capacidade para lidar com situações extremas. Assim, os soldados no campo de batalha não gozam numa livre autonomia, mas encontram-se confinados à liderança dos seus superiores, por forma a garantir a coesão e a eficiência do todo e, deste modo, fazer face às suas missões. No campo de batalha, tudo se rege por uma fórmula simples: o seu escalão de comando controla as suas acções e o soldado obedece prontamente. Esta fórmula afasta a culpabilidade por matar em combate, sempre que o confronto decorra entre dois combatentes. De facto, é a partir desta ideia que se pode retirar uma sexta conclusão: é precisamente porque um soldado obedece prontamente durante o exercício da aplicação da força letal, que o seu comandante tem o dever especial de controlar os actos de violência extrema. A lógica do direito dos conflitos armados cede se cada comandante não estivesse obrigado ao dever de controlar as suas máquinas de morte, no sentido de se evitar uma espiral de violência, cujo resultado constitui uma das mais graves ofensas à humanidade como um todo. A aceitação de um comando em operações por um comandante militar implica necessariamente a assumpção de um particular dever de controlo dos actos dos seus subordinados, no sentido do equilíbrio permanente entre o cumprimento da missão e o consequente uso das suas capacidades letais e os limites impostos pelo direito dos conflitos armados. Estamos por isso de acordo com Rupert Smith quando afirma que “a complexidade das operações de hoje não se compadece com missões de 6 meses”, período que se aceita para os baixos escalões com alto desgaste, mas não para os comandantes operacionais, onde uma mais longa presença ajuda a fortalecer os mecanismos de controlo e que com o estabelecimento do



Tribunal Penal Internacional temos que ter a certeza sobre as convicções dos comandantes que enviamos para as operações.¹¹

Segundo Jenny S.Martinez¹², um estudo realizado no conflito da Serra Leoa determinou que há uma correlação positiva entre o nível de disciplina de uma unidade militar e o número de actos ilegais que pratica em combate. Estruturas disciplinadas tendem a defender o direito internacional, aspecto que vem mostrar que, uma vez mais, sendo a disciplina uma das primeiras linhas de defesa do direito internacional dos conflitos armados, então a figura dos comandantes militares assume uma posição central, a que corresponde, por maioria de razão, a importância da responsabilidade de comando.

Há duas notas finais que se impõem em sede de conclusões. A primeira impõe uma referência ética ao problema da responsabilidade de comando, no sentido de que, nas condições do momento, cada uma das decisões dos juízes do Tribunal Penal Internacional se traduzirá, em última instância, na sua mais profunda e íntima convicção, eventualmente escondida no seu subconsciente, quer no seu sentido utilitarista¹³, na sua convicção retributivista¹⁴ ou, porventura, a sua crença eclética.

Para os “mais utilitaristas”, punir significará evitar futuros crimes para o bem de um maior número de indivíduos e não apenas como um gesto de pura justiça. Para estes, cada comandante deve ser punido para prevenir futuros crimes, mesmo que, no limite, esteja inocente, pois isso acrescentará mais “bem”. Nesta perspectiva, um comandante é responsável por tudo, isto é, a sua responsabilidade é do tipo “strick liability”, exigindo-se um grau de

¹¹ *The Utility of the Force*, p. 389.

¹² *Understanding Mens Rea in Command Responsibility*, p. 663.

¹³ Utilitarismo é uma doutrina ética que, de uma forma muito simples pode dizer-se que prescreve a acção (ou inacção) de forma a otimizar o bem-estar do conjunto, pelo que a única maneira da pena aplicada a um criminoso não ser um mal é que, ela própria, seja geradora de um bem-estar. Filosoficamente, pode-se sintetizar-se a doutrina utilitarista pela expressão: agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar (Princípio do bem-estar máximo). Trata-se então de uma moral eudemonista, mas que, ao contrário do egoísmo, insiste no facto de que devemos considerar o bem-estar de todos e não o de uma única pessoa. Contrasta com as teorias retributivistas ou do castigo no sentido em que é uma teoria reabilitivista. Foram Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873) (especialmente em «Utilitarismo» publicado em 1861); os seus grandes teorizadores. Sobre a doutrina utilitarista consultar Lawrence M. Hinman, *Ethics*, 2003, Chapter 5, “The Ethics of Consequences”.

¹⁴ O retributivismo é uma doutrina ética que, por oposição ao utilitarismo, considera a justificação para pena como merecida pelo agente do crime. No século XIX Immanuel Kant escreveu o seguinte: “Judicial punishment can never be used merely as a means to promote some other good for the criminal himself or for civil society, but instead it must in all cases be imposed on him only on the ground that he has committed a crime”. Jacqueline Martin, 2005. *The English Legal System* (4th ed.), p. 174. London: Hodder Arnold. ISBN 0-340-89991-3. Sobre a doutrina retributivista consultar Lawrence M. Hinman, *Ethics*, 2003, Chapter 6, “The Ethics of duty”.



conhecimento muito baixo sobre as actividades dos seus subordinados para obter a condenação. Para tais juizes, esta convicção permite obter comandantes mais diligentes que ajudam a melhorar o futuro, ainda que com o risco de condenar alguns inocentes.

Para os “mais retributivistas”, punir significará um merecido castigo por uma ofensa cometida, uma dívida que deve ser paga, uma vez que a justiça alcança-se no momento do castigo e não depois. Para estes, o comportamento negligente do comandante só deve ser punido se existirem indícios do seu conhecimento actual e só em casos muito excepcionais por falhar o seu dever em punir, uma vez que tal atitude não significa que o comandante desejasse o crime. Nesta perspectiva, um comandante é responsável por muito pouco, isto é, a sua responsabilidade é do tipo “loose liability”, exigindo-se um grau de conhecimento muito alto sobre as actividades dos seus subordinados, para obter a condenação. Para tais juizes, esta convicção permite que os comandantes não sejam responsáveis por todos os actos dos seus subordinados, ainda que admitam a possibilidade de aumentar as dificuldades da acusação e do número de crimes no campo de batalha.

Quanto a nós, a interpretação mais apropriada, como guia geral, consiste numa posição eclética, que permita obter comandantes mais diligentes, sem que sejam responsáveis absolutamente por tudo os que os seus subordinados fazem ou deixem de fazer, mas apenas por aquilo que implica o acto de comandar e tendo em consideração as circunstâncias do momento.

A segunda nota refere-se ao facto que a recolha de material para o estudo que apresentámos ao longo de seis capítulos, concluiu-se por alturas de Junho de 2009. Já depois desta data, todavia, por motivos profissionais, ainda em pleno processo de aperfeiçoamento do resultado final, viajámos até à Abadia de Monte Cassino (Frosinone - Itália) onde escrevemos um dos últimos textos. Após uma longa conversa, Don Germano, um dos monges beneditinos responsável pelas relações públicas da Abadia, que, no dia 15 de Fevereiro de 1944¹⁵ tinha 14 anos, retirámos sábios ensinamentos de dignidade humana que tiveram lugar em momentos tão difíceis da história da humanidade, como aqueles que se viveram aqui há 65 anos. Tais

¹⁵ Dia do bombardeamento pelas forças aliadas da Abadia de Monte Cassino, durante a II Guerra Mundial.



momentos constituem hoje uma referência obrigatória não escrita, cuja memória deve ser preservada, não só no seu sentido filosófico, mas também como uma efectiva possibilidade de incremento da dignidade dos conflitos armados modernos. A herança mais solene que estas testemunhas vivas podem legar ao futuro é, por certo, a sua convicção que nada terá sido em vão. Todavia, tal convicção só pode formar-se no momento em que, tal como as suas memórias, o direito internacional e, em particular, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, se tornarem caminhos de dignidade, com raízes na percepção na larga maioria dos indivíduos.

Algum tempo antes da nossa estada em Monte Cassino tivemos também a oportunidade de apreciar uma pintura intitulada “La Città Ideale” que está exposta em Urbino na Galleria Nazionale delle Marche.¹⁶ Concluída por volta de 1470, “La Città Ideale” exibe uma praça de uma imaginária cidade ideal, propondo um notável jogo de proporções, baseado em critérios de racionalidade, de utopia e de idealismo. Mas a referência a tal obra não se faria neste compito, não fosse a estranha ausência de seres humanos. Ao contrário, na nossa “Cidade Ideal” misturam-se idealismo e realidade e figuram necessariamente indivíduos, mentes racionais, susceptíveis, capazes dos gestos mais nobres e da mais vil, horrenda e extrema barbárie. Tal como escreveu Hans Christian Andersen: “... a raça humana está a tornar-se mais esperta, mas nem por isso melhor.”¹⁷ Estamos hoje, mais do que nunca, convencidos que a aproximação entre idealismo e realidade só pode fazer-se pelo conhecimento, pelo que nos encontramos em condições de exarar uma última e prudente conclusão, no sentido que nenhum programa curricular, em nenhuma escola de formação militar do mundo moderno, pode ser satisfatoriamente concluído, sem o estudo do direito dos conflitos armados e do direito criminal internacional aplicável aos conflitos armados¹⁸ e, muito em particular, do Estatuto

¹⁶ “A cidade ideal”, cuja autoria muito discutida se pensa poder ser atribuída a Luciano Laurana ou a Pietro della Francesca ou Giuliano Sangallo ou ainda Francesco di Giorgio - Urbino, Itália.

¹⁷ “... the human race gets clever, but it doesn't get better”. Da obra “Great Grandfather”, publicada em 1879 e exposta na Hans Christian Andersen Hus, em Odense (Dinamarca).

¹⁸ Jordan J. Paust em *International Crime Law*, 2nd ed, p. 234 refere o seguinte: “For example, fifteen minutes of a classroom instruction on the law of armed conflict would be totally insufficient to provide a unit with guidance needed for a proper response to difficult field situations, as where a patrol of five encounters fifteen wounded enemy soldiers, or where a platoon leader desires to interrogate a suspect in order to obtain information he/she considers vital to the unit's security. That type of law implementation can only be achieved through actual field training... without this type of training each soldier must react to situations in a different manner depending upon one's fear, frustration, and individual ability to maintain a moral sense... no commander can control all situations, but without proper unit training... the atrocities of war become more predictable...”.



do Tribunal Penal Internacional e das suas novas propostas e oportunidades, porque ao contrário de “La Città Ideale” de 1470 a nossa “Cidade Ideal” de hoje carece dos ensinamentos de dignidade como os de Don Germano e das regras do Estatuto de Roma, porque os indivíduos são o mais importante e os conflitos armados a mais extrema das empresas.

Monte Leucio (Itália)¹⁹
11 de Junho de 2009.

¹⁹ *Arredores da Abadia de Monte Cassino, Itália.*



a) Fontes Primárias

- (1) **ADAPTAÇÃO da Legislação Penal Portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional** — 17ª Alteração ao Código Penal: Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho. [Em linha]. [Acesso em 28 Janeiro de 2006]. <http://www.dre.pt/>
- (2) **CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY** - Tribunal for the Far East. [Em linha]. [Acesso em 4 Janeiro de 2007]. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/avalon.htm>
- (3) **CONTROL COUNCIL LAW 10**, 20 December 1945 - [Em linha]. [Acesso em 4 Janeiro de 2007]. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/avalon.htm>
- (4) **CONVENÇÕES DE GENEBRA** - Protocolo Adicional I – PA I (1977) às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais: Ratificado por Portugal em 27 de Maio de 1992 e publicado no DR I Série A, n.º 77, de 1 de Abril de 1992. [Em linha]. [Acesso em 12 Fevereiro de 2007]. <http://www.gddc.pt>
- (5) **CONVENÇÕES DE GENEBRA** - Protocolo Adicional II – PA II (1977) às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais: Ratificado por Portugal em 27 de Maio de 1992 e publicado no DR I Série A, n.º 77, de 1 de Abril de 1992. [Em linha]. [Acesso em 12 Fevereiro de 2007]. <http://www.gddc.pt>
- (6) **CONVENÇÕES DE GENEBRA** - Protocolo Adicional III – PA III (1977) às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativo à adopção de um distintivo adicional, 8 de Dezembro de 2005. [Em linha]. [Acesso em 12 Fevereiro de 2007]. [http://www.icrc.org/IHL.nsf/%28SPF%29/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/%28SPF%29/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf)
- (7) **CONVENÇÕES DE GENEBRA de 1949**. [Em linha]. [Acesso em 19 Janeiro de 2007]. <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/genevaconventions>
- (8) **CONVENÇÕES DE HAIA** - Anexos I e X, 1907 [CD-ROM]. International Humanitarian Law, ICRC, Version 5, 31 December 1998. ISBN 2-88145-083-0



- (9) **CONVENTION FOR THE AMELIORATION OF THE CONDITION OF THE WOUNDED AND SICK IN ARMIES IN THE FIELD.** Geneva, 6 July 1906. [Em linha]. [Acesso em 23 Janeiro de 2007]. <http://www.icrc.org>
- (10) **ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL** - Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002, publicada no Diário da República I Série A, n.º 15, de 18 de Janeiro de 2002, p. 396. [Em linha]. [Acesso em 12 Janeiro de 2006]. <http://www.dre.pt/> ou em <http://www.icc-cpi.int/>
- (11) **ESTATUTO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL AD HOC PARA A EX-JUGOSLÁVIA** - Adoptado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas nos termos da Resolução n.º 827 (1993), de 25 de Maio de 1993 e publicado no DR I Série A, n.º 109, de 11 de Maio de 1995. [Em linha]. [Acesso em 4 Janeiro de 2007]. <http://www.icrc.org>
- (12) **ESTATUTO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL AD HOC PARA O RUANDA:** Adoptado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas nos termos da Resolução n.º 955 (1994), de 8 de Novembro de 1994) e alterado pela Resolução do Conselho de Segurança n.º 1329 (2000), de 30 de Novembro de 2000. [Em linha]. [Acesso em 4 Janeiro de 2007]. <http://www.icrc.org>
- (13) **CÓDIGO DE JUSTIÇA MILITAR PORTUGUÊS** - aprovado pela Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro. Diário da República, I Série A, de 15 de Novembro de 2003
- (14) **REGULAMENTO DE DISCIPLINA MILITAR** – aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de Julho. Diário da República, I Série A, de 22 de Julho de 2009
- (15) **LONDON AGREEMENT** – Annex to London Charter (Nuremberg Charter), Charter of the International Military Nuremberg Tribunal, 8 August 1945. [Em linha]. [Acesso em 23 Dezembro de 2006]. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/avalon.htm>



- (16) **PEACE TREATY OF VEREENIGING** - 31 May 1902. [Em linha]. [Acesso em 12 Outubro de 2007]. http://en.wikisource.org/wiki/Peace_of_Vereeniging
- (17) **THE LAWS OF WAR ON LAND. OXFORD**, 9 September 1880. [Em linha]. [Acesso em 23 Janeiro de 2007]. <http://www.icri.org>
- (18) **THE LIEBER CODE OF 1863** - Correspondence, orders, reports and returns of the union authorities from January 1 to December 31, 1863. #7 O.R. - Series III - volume III [S#124], General Orders no. 100, War Dept., Adj. General's office, Washington, April 24, 1863. [Em linha]. [Acesso em 30 Setembro de 2008]. <http://www.temple.edu/lawschool/drwiltext/docs/Lieber%20Code.pdf>
- (19) **UNITED NATIONS DIPLOMATIC CONFERENCE OF PLENIPOTENTIARIES ON THE ESTABLISHMENT OF AN INTERNATIONAL CRIMINAL COURT** - Rome, 15 June - 17 July 1998, Vol I, II e III - Official Records
- (20) **VERSAILLES TREATY, 1919**. [Em linha]. [Acesso em 22 Dezembro de 2006]. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/avalon.htm>

b) Fontes secundárias¹

- (1) ALFAIA, João – **Conceitos fundamentais do regime jurídico do funcionalismo público**. Almedina, Coimbra, 1º Vol., 1985
- (2) AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. Almedina, Vol. 1, 11ª reimpressão da 2ª ed. de 1994
- (3) AMARAL, Diogo Freitas – **Manual de Direito Administrativo**. Almedina, Tomo II, 10ª ed., 6ª reimpressão [s.d.]
- (4) AMBOS, Kai – **Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts**. Ansätze einer Dogmatisierung. Berlin Dunker & Humblot, 2002

¹ As referências com a seguinte indicação "Disponível em <http://heinonline.org/hol/> " foram recolhidas electronicamente, através do sistema informático da Livraria do Peace Palace em Haia, na Holanda, entre 21 e 26 de Abril de 2008.



- (5) AMBOS, Kai - **El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**. [S.l]: Universidad Externado de Colômbia, 1999
- (6) AMBOS, Kai – **Impunidad y Derecho Penal Internacional**. 2ª ed. Buenos Aires: [s.n.], 1999. ISBN 950-894-214-2
- (7) AMBOS, Kai – **Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo**. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006
- (8) BANTEKAS, Ílias; NASH, Susan – **International Criminal Law**. London, Routledge-Carvendish, 3rd ed. 2007. 594 p. ISBN 10: 0-415-41845-3
- (9) BAPTISTA, E. C. - **lus cogens em direito internacional**. Lisboa, LEX, 1997
- (10) BASSIOUNI, M. Cherif - **A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal**. [S.l]: Kluwer Academic Publishers. 2nd ed. 1987. 502 p. ISBN 13-978-0898389180
- (11) BASSIOUNI, M. Cherif - **Crimes against Humanity in International Law**. 2nd ed., The Hague: Kluwer Law International, 1999
- (12) BASSIOUNI, M. Cherif - **Introduction to International Criminal Law: International and Comparative Criminal Law Series**. [S.l]: Transnational Publishers. 2003. 800 p. ISBN 13-978-1571052865
- (13) BASSIOUNI, M. Cherif - **The Need for International Accountability, International Criminal Law, Vol. 3 - Enforcement**, 2nd ed., Ardsley, New York, 1999. 785 p. ISBN: 1-57105-019-1
- (14) BASSIOUNI, M. Cherif - **The Statute of the International Crime Court**. Ardsley, New York: Transnational Publishers, Inc., 1998
- (15) BELEZA, Tereza Pizarro - **Direito Penal**, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1982. 2 vol.
- (16) BENOIT, James Paul – **The Evolution of Universal Jurisdiction over War Crimes**, Naval Law Review, 2006. 61 p.²
- (17) BOISSIER, Pierre - **L'Epée et la Balance**, Geneva, Labor et Fides, 1953

² Disponível em <http://heinonline.org/hol/>.



- (18) BOOT, Machteld – **Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes**. Antwerpen: intersentia, 2002. 708 p. ISBN 90-5095-216-X
- (19) BRACKMAN, Arnold C. **The Other Nuremberg**. New York: Morrow, 1987
- (20) BRANDÃO, Nuno – **Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 342 p. ISBN 972-32-1386-9
- (21) BRITO, Wladimir – **Direito Internacional Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 668 p. ISBN 978-972-32-1560-1
- (22) BROOMHALL, Bruce – **International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law**. [S.l]: Oxford University Press, 2003, 215p.
- (23) BROWNLIE, Ian - **State Responsibility**. Oxford: Clarendon Press, 1983. 302 p.³
- (24) BURGNION, François - **The ICRC and the protection of war victims**. Oxford: Macmillan Publishers, 2003. 1161 p. ISBN 0-333-74771-2
- (25) CAHN, Edmund N. - **The Sense of Injustice**, New York, New York Press, 1949
- (26) CANCIANI, Mario – **Il Fronte di Cassino**, Formia, Italia, Graficart, 2004. 220 p. ISBN 9975-9543-2-4
- (27) CARVALHO, Américo A. Taipa de – **Direito Penal - Parte Geral: Questões Fundamentais**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003. 287 p., Reimpressão 2006. ISBN 972-8069-54-5
- (28) CARVALHO, Américo A. Taipa de – **Direito Penal - Parte Geral: Teoria Geral do Crime**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2004. 441 p., Reimpressão 2006. ISBN 972-8069-54-6
- (29) CASSESE, Antonio – **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2nd ed, 2008. 455 p. ISBN 978-0-19-920310-9
- (30) CASSESE, Antonio – **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2nd ed, 2005. 558 p. ISBN 0-19-925939-9

³ Disponível em <http://heinonline.org/hol/>.



- (31) CASSESE, Antonio – **Violence and Law in the Modern Age**. Cambridge: Polity Press, 1986. 194 p. ISBN 0-7456-0491-9
- (32) CASSESE, Antonio [et al.] - **Justice at Nuremberg**. New York: Harper & Row, 1980
- (33) CHEADLE, Don; PRENDERGAST, John – **Basta! Acabar com o genocídio no Darfur e noutros locais**. Lisboa: Bizâncio, 2007. ISBN: 978-972-53-0348-1
- (34) CHIAVENATO, Idalberto - **Gestão de Pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 529 p. ISBN 85-352-1448-8
- (35) CHRISTOPHER, Paul – **The Ethics of War & Peace: an introduction to legal and moral issues**, 3rd ed., New Jersey, 2004. 278 p. ISBN 0-13-092383-4
- (36) COLANGELO, Anthony – **The Legal Limits of Universal Jurisdiction**, Virgínia Journal of International Law, Vol. 47, 2006-2007⁴
- (37) CONDORELLI – **War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the ICC**, Mauro Politi & Giuseppe Nesi ed., 2001,
- (38) CORMACK, Timothy L.H. Mc; SIMPSON Gerry J. – **The law of war crimes national and international approaches**, The Hague Kluwer Law International, 1997
- (39) CORREIA, Eduardo - **Direito Criminal**. Coimbra: Almedina, 1999
- (40) CREVELD, Martin van – **Command in War**. Harvard University Press, 1987. ISBN 978-0-674-14441-5
- (41) CUEVA, Lorenzo Morillas – **La Obediencia Debida, Aspectos legales y político-criminales**, Madrid: Editorial Civitas, Cuadernos Cívitas, 1984. 224 p. ISBN 84-7398-314-9
- (42) DAVID, Eric – **Principes de droit des conflits armés**. Bruxelles: [s.n.], 1999
- (43) DELEAU, Marcel – **La Discipline des Fonctionnaires Civiles de l'État**. Les

⁴ Disponível em <http://heinonline.org/hol/>.



- Editions Domat-Montchrestien, Paris, 1933, 116 p.
- (44) DETTER, Ingrid – **The Law of War**, 2nd ed., fourth printing, Cambridge University Press, 2005. 516 p. ISBN 0 521 78256 2
- (45) DICEY, A. V. – **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 10th ed, MacMillan, London, 1959
- (46) DIEZ, Maria Manuel – **Derecho Administrativo**. Bibliografia Omeba editores libreros, Tomo III. Buenos Aires, 1967, 619 p.
- (47) DINSTEIN, Yoram - **The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict**. [S.l]: Cambridge University Press, 2004. 275 p. ISBN 0-521-83436-8
- (48) DINSTEIN, Yoram – **The defence of ‘obedience to superior orders’ in international law**. Leyden – A.W. Sijthoff, 1965, 278 p.⁵
- (49) DINSTEIN, Yoram; TABORY, Mala - **War Crimes in International Law**. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1996. ISBN: 90-411-0237-X
- (50) DÖRMANN, Knut; DOSWALD-BECK, Louise; KOLB, Robert - **Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: sources and commentary**. [S.l]: Cambridge University Press, ICRC, 2005. 524 p. ISBN 0 521 818524
- (51) DUARTE, David [et tal.] – **Legística – Perspectivas sobre a concepção e redacção de actos normativos**. Coimbra, Almedina, 2002. 430 p. ISBN 972-40-1800-8
- (52) DUNANT, Henry – **A Memory of Solferino**. Genève, ICRC, 1986. 147 p. ISBN: 2-88145-006-7
- (53) ESCARAMEIA, Paula V. C. – **Colectânea de Jurisprudência de Direito Internacional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992
- (54) EVANGELISTA, Wippan, EVANGELISTA Matthew – **News Wars, New Laws? Applying the laws of the law in the 21st Century Conflicts**, Transnational Publishers, NY, 2005. 303 p.

⁵ Disponível em <http://heinonline.org/hol/>.



- (55) FERGUSON, Niall - **História Virtual**. Lisboa: Edições Tinta da China, 2006. ISBN 972-8955-08-1
- (56) FERNANDEZ, José Luís – **El Derecho de los Conflictos Armados**. Madrid: Ministerio de Defensa España, 2001. 875 p. ISBN 84-7823-789-5
- (57) FERREIRA, Manuel Cavaleiro - **Lições de Direito Penal**. [S.l]: Verbo, 1987
- (58) FOLLET, Ken – **Os pilares da terra**. Barcarena, Editorial Presença, Vol II, 3ª ed., 2008. 596 p. ISBN 9 789 722 338 196
- (59) FUKUYAMA, Francis - **The End of History and the Last Man**. New York: [s.n.], 2006. ISBN 978-0-7432-8455-4
- (60) GRAY, Christine – **International Law and the Use of Force**, Oxford University Press, 2nd ed., 2004. 334 p. ISBN 0-19-927130-5
- (61) GREE, Leslie C. – **Essays on the Modern Law of War**, Transnational Publishers, New York, 1999
- (62) HAMANN, Brigitte - **Bertha von Suttner: A Life for Peace**. [S.l]: Syracuse University Press, 2002. 360 p. ISBN 0-8156-0387-8
- (63) HENCKAERTS, Jean-Marie & DOSWALD-BECK, Louise – **Customary International Law, Volume I: Rules**. ICRC, Cambridge University Press, 2009. 628 p. ISBN: 978-0-521-00528-9
- (64) HENSEL, M. Howard – **The Law of Armed Conflicts: Constrains on the Contemporary use of Military Force**. Ashgate, Hampshire, 2005. ISBN 07546 4543 6
- (65) HINMAN, Laurence M. - **Ethics: A Pluralistic Approach to Moral Theory** 3rd ed. Toronto: [s.n.], 2003. 391 p. ISBN 0 1550 62948
- (66) HOOKER, Richard D. Jr - **An Anthology of Maneuver Warfare**. California: Presidio Press, 1993
- (67) INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS - **International Humanitarian Law Answers to your Questions**. [S.l]: ICRC, 2002
- (68) JIMENEZ, Joan Josep Queralt – **La Obediencia Debida en el Código**



- Penal.** Libreria Bosch, Barcelona, 1986, 486 p. ISBN 84-7698-020-5
- (69) JOSIPOVIČ, Ivo [et al.] – **Responsibility for war crimes: Croatian Perspective – selected issues.** Zagreb: Faculty of Law, 2005. ISBN: 953-6714-83-3
- (70) KAMMINGA, Menno; ZIA-ZARIFI, Samau - **Liability of Multinational Corporations under International Law.** The Hague: Kuwer Law International, 2000. 408 p.
- (71) KING, L.W - **Hammurabi Code.** [S.l]: edição Richard Hooker, 1996. Tradução de 1910
- (72) KINSELLA, David; CARR, L. Craig – **The Morality of War.** London, 2007. 415 p. ISBN-13: 978-1-58826-377-3
- (73) KIRSCH, Phillipe; PELLET, Alain; SWART, Bert - **International Criminal Law for an International Criminal Court.** Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2001
- (74) LAEL, Richard – **The Yamashita Precedent: war crimes and command responsibility.** Delaware, USA, Wilmington, Del: Scholarly Resources inc, 1982. 165 p. ISBN: 0-8420-2202-3⁶
- (75) LAUCCI, Cyril – **The Annotated Digest of the ICC (2004-2006).** Martinus Nijhoff Publishers, Vol I, 2007. 673 p. ISBN 1874-7957⁷
- (76) LEAL-HENRIQUES, Oliveira; SANTOS, Simas - **Código Penal** 2ª ed. [S.l]: Rei dos Livros, 2000
- (77) LEANDRO, Francisco José - **As Armas das Vítimas: Um novo prisma sobre o Direito Internacional Humanitário e dos Conflitos Armados.** Lisboa: Edições Cosmos e Instituto da Defesa Nacional, 2005. 372 p. ISBN 972-8471-92-0
- (78) LEE, Roy S. - **The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute—Issues, Negotiations, Results.** The Hague, London, Boston:

⁶ Disponível em <http://heinonline.org/hol/>.

⁷ Quick Reference Number: PT – Pre-trial, T- Trial, A – Appeals, P – Presidency, S – Statute, R – Rules of procedures and evidence e r – regulations of the Court.



- Kluwer Law International, 1999
- (79) LEITÃO, Desidério Manuel Vilas – **Uma Reflexão Sobre a Ética Ocidental, Cadeira M- 311 Ética e Liderança**, Academia Militar, Direcção de Ensino, Julho 2003. 69 p.
- (80) MAALOUF, Amin – **As Cruzadas vistas pelos Árabes**. Difel, Viseu, 2006. 325 p. ISBN 972-29-0821-9
- (81) MACEDO, Stephen – **Universal Jurisdiction**. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006. 383 p. ISBN-13: 978-0-8122-3736-8
- (82) MALTA, Pierre Di – **Essai Sur la Notion de Pouvoir Hiérarchique**. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1961, 174 p.
- (83) MCCORMACK, Timothy; SIMPSON, J. Gerry – **The law of war crimes**. Kluwer Law International, 1997. ISBN 90-411-0273-6
- (84) MEMORANDUM BY THE SECRETARY-GENERAL - **Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction**. UN Doc. A/CN.4/7/ Rev.1 (1949)⁸
- (85) MERON, Theodor – **War crimes law comes of ages**. Oxford, 1998, 336p. ISBN 0-19-826856-4
- (86) METTRAUX, Guénaél – **The Law of Command Responsibility**. New York: Oxford University Press Inc, 2009, 307 p. ISBN 978-0-19-955932-9
- (87) MICHAL, Bernard – **Os grandes julgamentos da história: o julgamento de Nuremberga**. Lisboa : Amigos do Livro Editores, [197?]
- (88) MINEAR, Robert H. - **Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial**. Princeton: Princeton University Press, 1971
- (89) MINISTÉRIO DA DEFESA NACIONAL, EXÉRCITO PORTUGUÊS - **Regulamento de Campanha e Operações**. Lisboa, Setembro de 2005
- (90) MINISTRY OF DEFENCE UNITED KINGDOM - **The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict**. [CD-ROM] Wiltshire: The Joint Doctrine & Concepts Centre Ministry of Defence, 2004, 494 p.

⁸ Disponível em <http://heinonline.org/hol/>.



- (91) MOORE, Harold G. & GALLOWAY, Joseph L. - **We were Soldiers Once... And Young: Ia Drang-The Battle That Changed The War In Vietnam**, New York, 1992. 405 p. ISBN: 0-679-411-58-5
- (92) MORAIS, Carlos Blanco de – **Manual de Legística – Critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. [S.l.]: Verbo, 2007, 703 p.
- (93) MORRIS, Virginia; SCHARF, Michael P - **An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**. N.Y.: Irvingtonon-Hudson, Transnational Publishers, Inc, 2 Vol. 1995
- (94) MOURA, Paulo Veiga e – **Função Pública**. Coimbra Editora, 1º Volume, 2ª ed., 2001
- (95) MULLINS, Claud - **The Leipzig Trials: an account of the war criminals' trails and a study of German mentality**. Cliveden Library, London H. F. & G. Witherby, 1921?, 1922 [Em Linha]. [Acesso em 26 de Dezembro de 2009] <http://www.archive.org/stream/leipzeigtrialsac00mull#page/n0/mode/2up>
- (96) NEGRÃO, Maria - **Sobre a omissão impura no actual Código Penal Português e em especial sobre a fonte do dever que obriga a evitar o resultado**. Lisboa: [s.n.], 1986
- (97) NOONE, Michael F.; ALEXANDER, Yonah – **Cases and Materials on Terrorism**. The Netherlands: Kluwer Law International, 1997. ISBN 90-411-0278-7
- (98) NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION - **Allied Joint Doctrine**, AJP-01(B) (2002).
- (99) PAENSON, I. - **Manual of the Terminology of the Law of Armed Conflicts and of International Humanitarian Organizations**. Brussels: Bruylant Nijhoff, 1989
- (100) PALMA, Fernanda [et tal.] - **Casos e materiais em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 3ª ed., 2009, 496 p. ISBN 9789724021300
- (101) PÉREZ-REVERTE, Arturo - **O Hussardo**. Porto: Edições ASA, 2004. ISBN 9-789-724-145-372



- (102) PICTET, Jean - **Commentary on the Four Geneva Conventions of 1949**. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1952–1960
- (103) PICTET, Jean - **International Dimensions of Humanitarian Law**. Geneva, Henry Dunant Institute, Martins Nijhoff Publishers, 1998
- (104) PLATÃO – **A República**. Fundação Calouste Gulbenkian, 8ª ed. Lisboa, 1996, 513 p. ISBN 972-31-0509-8
- (105) PUSTOGAROV, Vladimir Vasil'evich - **Our Martens**. The Netherlands: Kluwer Law International. Canada: Simmonds & Hill Publishing Ltd, 2000. 355 p. ISBN 90-4119-602-1
- (106) RAMÓN, Fernando López; LÓPEZ, Javier Fernández – **La Función Militar**. Madrid: Editorial Trotta, 1995, 646 p.
- (107) REICHBERG, M. Gregory; Syse, Henrik; BEGBY, Endre – **The Ethics of War**, Blackwell Publishing, 2006. ISBN-13: 978-1-4051-2377-8
- (108) ROGERS, A. P. V. - **Law on the Battlefield**, 2nd ed, Juris Publishing, Manchester University Press, 2004. ISBN 0 7190 6135 0
- (109) ROHDE, David – **Endgame**. New York: Ferrar Straus and Giroux, 1997. 440 p. ISBN 0-374-25342-0
- (110) ROLING, B. V. A.; CASSESE, Antonio - **The Tokyo Trial and Beyond**. Cambridge, Mass Polity Press, 1993
- (111) ROSAS, Allan – **The Legal Status of Prisoner of War**. Turku: Abo, 2005, 523 p. ISBN 952-12-1571-2⁹
- (112) SANDOZ Y.; SWINARSKI C. - **Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949**. [S.l]: C. Swinarski & B. Zimmerman Eds, 1987
- (113) SANTOS, André Teixeira dos - **O dever de agir nos crimes omissivos impróprios**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

⁹ Disponível em <http://heinonline.org/hol/>.



- (114) SASSÒLI A.; BOUVIER, Antoine - **How does Law Protect in War?** Geneva: International Committee of the Red Cross, 1999. 1492 p. ISBN 2-88145-110-1
- (115) SCHABAS, William - **Genocide in International Law**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2000
- (116) SILVA, Germano Marques - **Direito Penal Português - Parte Geral II, Teoria do Crime**. [S.l]: Verbo, 1998
- (117) SLIEDREGT, E. van – **The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law**. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003. 437 p. ISBN 90-6704-166-1
- (118) SMITH, Rupert – **The Utility of Force**. New York: Alfred A. Knopf, 2007. 430 p. ISBN 978-0-307-26562-3
- (119) STOVER, Eric - **The witness: war crimes and the promise of justice in The Hague**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2007. 230 p. ISBN-13: 978-0-8122-1994-4
- (120) SUNGA, Lyal S. – **The emerging system of International Law**. Kluwer Law International, The Hague, 1997. 489 p. ISBN 90-411-0472-0
- (121) TAYLOR, Telford - **The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir**. New York: Alfred A. Knopf, 1992
- (122) TEICHMAN, Jenny – **The Philosophy of War and Peace**, British Library, 2006. 260 p. ISBN-10 184540 050
- (123) THE KAHAN COMMISSION REPORT - **Report of the Commission of Inquiry into the events at the refugee camps in Beirut**, 1983. [Em linha]. [Acesso em 18 Julho 2006]. www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/History/kahan.html
- (124) TRIFFTERER, Otto - **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court**. [S.l]: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. ISBN 3-7890-6173-5¹⁰

¹⁰ Disponível em <http://heinonline.org/hol/>.



- (125) TUSA, Ann; TUSA, John - **The Nuremberg Trial**. New York: Atheneum, 1984 ISBN-13: 9780689114960
- (126) TUTOROW, Norman – **War crimes, War Criminals and War Crimes Trials**, Greenwood Press, London, 1986. ISBN 0-313-24412-X
- (127) TZU, Sun - **A Arte da Guerra**. [S.l.]: Livros de Bolso Europa América, 5ª ed. 2007. 164 p. ISBN: 978-972-1-03728-1
- (128) UNITED KINGDOM MINISTRY OF DEFENSE – **The Manual of the Law of Armed Conflicts**, Oxford University Press, 2004. 611 p. ISBN 0-19-924454-5
- (129) VIEIRA, Belchior - **Liderança Militar**. Lisboa: Academia Militar, Estado-Maior do Exército, Edições Atena, 2002
- (130) WALZER, Michael - **Just and Unjust Wars: a Moral Argument with Historical Illustrations**. New York, Harper Collins Publishers, 1992
- (131) WATKINS, C. John; Weber, John Paul – **War Crimes and War Crimes Trials: from Leipzig to the ICC and Beyond**, Carolina Academic Press, Durham, 2006. 822 p. ISBN 0-89089-307-1

c) Fontes secundárias - *case-law*

- (1) COURT OF APPEAL FOR ONTARIO – CANADA - **Her Majesty The Queen v Imre Finta**, R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 70, 1994. [Em linha]. [Acesso em 12



- Dezembro de 2009]. <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1994/1994scr1-701/1994scr1-701.html>
- (2) INTERNACIONAL CRIME TRIBUNAL FOR RUANDA - Case N.º ICTR-96-13, **The Prosecutor versus Alfred Musema**, [Em linha]. [Acesso em 7 Fevereiro 2009]. <http://www.ictr.org/default.htm>
- (3) INTERNACIONAL CRIME TRIBUNAL FOR RUANDA - Case N.º ICTR-97-19, **The Prosecutor versus Jean Bosco Barayagwiza**, [Em linha]. [Acesso em 7 Fevereiro 2009]. <http://www.ictr.org/default.htm>
- (4) INTERNACIONAL CRIME TRIBUNAL FOR RUANDA - Case N.º ICTR-97-23, **The Prosecutor versus Jean kambanda**, [Em linha]. [Acesso em 14 Dezembro 2008]. <http://www.ictr.org/default.htm>
- (5) INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS CASE CONCERNING THE ARREST WARRANT OF 11 APRIL 2000, **Democratic Republic of the Congo v. Belgium**, Judgment of 14 February 2002. [Em linha]. [Acesso em 14 Dezembro de 2009]. <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>
- (6) INTERNATIONAL CRIMINAL COURT - **AMICUS CURIAE OBSERVATIONS ON SUPERIOR RESPONSIBILITY SUBMITTED PURSUANT TO RULE 103 OF THE RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE**, N.º: ICC-01/05-01/08, Date: 20 April 2009 - Source: Amnesty International
- (7) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991 - **The Prosecutor v Dražen Erdemović (Pilica Farm)**. Case N.º IT-96-22. The Hague, The Netherlands, 22 May 1996 [Em linha]. [Acesso em 27 Janeiro 2009]. <http://www.icty.org/action/cases/4>
- (8) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991 – **The Prossecutor v Zlatko Aleksovski**. Case



- N.º: IT-95-14/1-T, 25 June 1999. [Em linha]. [Acesso em 12 Dezembro 2008].
<http://www.icty.org/case/aleksovski/4#tjug>
- (9) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991 – **The Prosecutor v Duško Tadić**. Case N.º: IT-94-1-A-R77, 31 January 2000 [Em linha]. [Acesso em 20 Janeiro 2009].
<http://www.icty.org/action/cases/4>
- (10) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991 – **The Prosecutor v. Tihomir Blaskić** - Case N.º: IT-95-14-T, 3rd March 2000. [Em linha]. [Acesso em 16 Dezembro 2008].
<http://www.icty.org/action/cases/4>
- (11) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991 – **The Prosecutor v. Mucić et al. Čelebići Camp** (Zejnil Delalic, Zdravko Mucić also known as "Pavo", Hazim Delic Esad Landzo also known as "Zenga") - Case N.º IT-96-21. [Em linha]. [Acesso em 8 Janeiro 2009]. <http://www.icty.org/action/cases/4>
- (12) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991 - **The Prosecutor v Krstić Srebrenica (Drina Corps)** – Case N.º IT-98-33. [Em linha]. [Acesso em 18 Janeiro 2009].
<http://www.icty.org/case/krstic/4#tjug>
- (13) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER



- YUGOSLAVIA SINCE 1991 - **The Prosecutor v Naser Orić** – Case N.º IT-03-68. [Em linha]. [Acesso em 16 Janeiro 2009].
<http://www.icty.org/cases/party/756/4>
- (14) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991 - **The Prosecutor v Kordić & Čerkez (Lašva Valley)** Case N.º IT-95-14/2. [Em linha]. [Acesso em 12 Julho 2009].
<http://www.icty.org/cases/party/705/4>
- (15) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991 - **The Prosecutor v Pavle Strugar (Dubrovnik)** Case N.º IT-01-42. [Em linha]. [Acesso em 12 Julho 2009].
<http://www.icty.org/cases/party/786/4>
- (16) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991 - **The Prosecutor v Popović et al. (Srebrenica)** Case N.º IT-05-88. Cases joined to this trial: Beara (IT-02-58), Borovčanin (IT-02-64), Drago Nikolić (IT-02-63), Pandurević & Trbić (IT-05-86), Popović (IT-02-57) [Em linha]. [Acesso em 12 Julho 2009].
<http://www.icty.org/cases/party/786/4>
- (17) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991 - **The Prosecutor v Halilović (Grabovica-Uzdol)** Case N.º IT-01-48. [Em linha]. [Acesso em 21 Agosto de 2009].
<http://www.icty.org/cases/party/786/4>
- (18) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS



- RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991 - **The Prosecutor v Hadžihasanović & Kubura (Central Bosnia)** Case N.º IT-01-47. [Em linha]. [Acesso em 21 Agosto de 2009]. <http://www.icty.org/cases/party/695/4>
- (1) **Lei n.º 42/2007**, de 24 de Agosto, publicada no Diário da República n.º 163, de 24 de Agosto de 2007, p. 5665
- (2) **Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2006**, de 18 de Maio, publicada no Diário da República n.º 96, de 18 de Maio de 2006, p. 3408
- (3) **Resolução do Conselho de Ministros n.º 64/2006**, de 18 de Maio, publicada no Diário da República n.º 96, de 18 de Maio de 2006, p. 3411
- (4) SUPREME COURT OF ARGENTINA - Conviction of former commanders affirmed on different grounds of criminal responsibility. **Human Rights Law Journal**. Germany, Vol. 8 (1987), p. 430-468
- (5) SUPREME COURT OF THE UNITED STATES - **Yamashita, No 61, Misc., Supreme Court of the United States**, 317 U.S. 1; 66 S. 340, 4 February 1946 (1946 U.S. LEXIS 3090 ; 90 L. Ed. 499)
- (6) TRIBUNAL MILITAR DE NUREMBERGA - **Testimony of Rudolf Hoess, Commandant of Auschwitz**, [Testimony on Monday, April 15, 1946]. The Avalon Project at Yale Law School. [Em linha]. [Acesso em 28 Maio 2007]. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/avalon.htm>
- (7) UNITED NATIONS - **International Law Commission, Report on the work of its Fifty-Eighth Session** (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006), General Assembly, Official Records, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), [Em linha]. [Acesso em 9 Dezembro 2009]. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>
- (8) UNITED NATIONS - **International Law Commission, Report on the work of its Fifty-Third Session**



- (23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-Sixth Session, Supplement N.º 10 (A/56/10), [Em linha]. [Acesso em 9 Dezembro 2009]. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>
- (9) INTERNACIONAL CRIME TRIBUNAL FOR RUANDA - Case No. ICTR-96-4-T, **The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu**, [Em linha]. [Acesso em 12 Dezembro 2008]. <http://unictr.org/default.htm>
- (10) INTERNACIONAL CRIME TRIBUNAL FOR RUANDA - Case No. ICTR-96-11, **The Prosecutor versus Ferdinand Nahimana**, [Em linha]. [Acesso em 7 Fevereiro 2009]. <http://www.ictr.org/default.htm>
- (11) INTERNATIONAL CRIME COURT – ICC-01/04 - Case 01/06 - **The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo**. [Em linha]. [Acesso em 28 Janeiro 2009]. <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases/>
- (12) INTERNATIONAL CRIME COURT – ICC-01/05 - Case 01/08 - **The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo**. [Em linha]. [Acesso em 18 Janeiro 2009]. <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases/>
- d) Fontes secundárias - publicações periódicas e contribuições em monografias ¹¹
- (1)ABI-SAAB, Georges – The concept of war crimes. **International Law in the Post-cold war World, essays in memory of Li Haopei**. Routledge, NY (2001), p. 99-118. 529 p. ISBN 0-415-23608-8
- (2)AMBOS, Kai – Responsabilidade penal individual en el Derecho penal supranacional. **Revista Penal**. Sevilla, N.º 7 (2001), p. 5-24
- (3)AMBOS, Kai – Selected Issues Regarding the 'core crimes' in International Criminal Law. **Nouvelles Etudes Penales - International Criminal Law: Quo Vadis?** [S.l.], N.º 19, 2004

¹¹ As referências com a seguinte indicação "Disponível em <http://heinonline.org/hol/> " foram recolhidas electronicamente, através do sistema informático da Livraria do Peace Palace em Haia, na Holanda, entre 21 e 26 de Abril de 2008.



- (4)ARNOLD, Roberta – Command Responsibility: a case study of alleged violations of the laws of war at Khiam Detention Centre. **Journal of Conflict and Security Law**. North Yorkshire. Vol. 7, N.º 2 (October 2002), p. 192-231
- (5)AUGUSTO, José Saraiva – O valor económico do comportamento no contexto da instituição militar. **Jornal do Exército**. Lisboa. N.º 561 (Abril de 2007), p. 51
- (6)BAARDA, Theodor Arthur van – **Ethics, command responsibility and dilemmas in military operations**. Dinstein. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden (2006), p 45-89. 395 p. ISBN-10: 9004 15440 X
- (7)BANTEKAS, Ílias - The Contemporary Law of Superior Responsibility. **American Journal of International Law**. Vol. 93, N.º 3 (July 1999)
- (8)BASSIOUNI, M. Cherif – The need for international accountability. **International Criminal Law**. 2nd ed. Vol. III – Enforcement, Ardsley, NY (1999), p. 3-30. 785 p. ISBN 1-57-105-109-1
- (9)BASSIOUNI, M. Cherif - Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice. **Virginia Journal of International Law**, (2001-2002), Vol. 42, p. 81-162
- (10) BATISTA, Eduardo Correia – O crime de Genocídio. **Revista Direito e Justiça** – Volume especial 2006. Universidade Católica Editora Unipessoal, L.da, Lisboa, p. 41-55 ISSN:0871-0336
- (11) BIERZANEK, Remigiusz – War crimes: History and definition. **International Criminal Law**. 2nd ed. Vol. III – Enforcement, Ardsley, NY (1999), p. 87-108. 785 p. ISBN 1-57-105-109-1
- (12) BONAFÉ, Beatrice – Superior responsibility under article 28 ICC Statute. **Journal of International Criminal Law**, Vol. 5, issue 3 (July 2007), p. 599-618. ISSN 1478-1387
- (13) BRATMAN, Michael – Autonomy and Hierarchy. **Social Philosophy & Policy**. Cambridge, summer 2003, N.º 2, Vol. 20, p. 156-176
- (14) BURNETT, Weston - Command Responsibility and a Case Study of the



- Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders for the Pogrom at Shatila and Sabra. **Military Law Review**, N.ºs 71 a 76 (1985)
- (15) Command and Control - **UNITED STATES ARMY FIELD MANUAL 6.0**, Washington DC, 2003
- (16) CONDORELLI, Luigi - **War crimes and internal conflicts in the statute of the ICC**. The Rome Statute of the International Criminal Court. Dartmouth Publishing Company Limited, England, p. 108 -117. ISBN: 0 7546 2154 5
- (17) CORGATELLI, Darío S. - De la obediencia al superior. **La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración**. Montevideo. Vol. 66, n.º 7 a 8 (1968), p. 169-181
- (18) CRUZ, Emídio Beirão Pires da - **Competência Disciplinar**. Boletim do Ministério da Justiça, nº 45, 1954
- (19) CRYER, Robert – One Appeal, Two Philosophies, Four Opinions and a Remittal: The Erdemovič Case at the ICTY. **Journal of Armed Conflict Law**. Nottingham: University Press. Vol. 2, N.º 1 (1997), p. 193-208
- (20) CRYER, Robert – Superior orders and the ICC. **Essays in memory of Hilaire McCouberry**. Edited by Richard Burchill, Nigel D. White and Justin Morris, p. 49-67. Cambridge University Press (2005). 328 p. ISBN-13 978-0-521-84531-1
- (21) DAVIES, Peter G. G. – The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: the Erdemovič(11) Case. **International and Comparative Law Quarterly**. [S.l.], Vol 47, part 2 (April 1998), p. 461-474
- (22) DEGAN, Vladimir-Djuro – Responsibility of states and individuals for international crimes. **International Law in the Post-cold war World, essays in memory of Li Haopei**. Routledge, NY (2001), p. 202-223. 529 p. ISBN 0-415-23608-8
- (23) DEVESA, José M. Rodrigues – La Obediencia Debida en el Código Penal Militar Español de 1985. **Revista de Derecho Público**. Madrid. Vol. II, n.º 103 (1986), p. 273-290



- (24) ECHEVARRIA, Antulio J. - **Fourth-generation war and other myths**. [Em linha]. [Acesso em 25 Janeiro de 2008]. <http://www.StrategicStudiesInstitute.army.mil/>
- (25) ESCARAMEIA, Paula – O Tribunal Penal Internacional e o crime de Agressão. **Revista Direito e Justiça** – Volume especial 2006. Universidade Católica Editora unipessoal, Lda. Lisboa, p. 17-39. ISSN: 0871-0336
- (26) FARIA, Maria Paula Ribeiro de – Os elementos psicológicos dos crimes previstos no Tratado de Roma. **Revista Direito e Justiça** – Volume especial 2006. Universidade Católica Editora Unipessoal, Lda. Lisboa, p. 132-146. ISSN: 0871-0336
- (27) FIERRO, Guillermo – La Obediencia Debida en el Ambito Penal y Militar. **Criminalia**. México. Año XXXV, n.º 1 (Enero 1969), p. 2-59
- (28) GAETA, Paola - **The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law**, European Journal of International Law, Vol. 10, N.º 1, 1999 p.173-191
- (29) GARRAWAY, Charles H.B. – Command's responsibility: victor's justice or just dissents? **Essays in memory of Hilaire McCouberry**. Edited by Richard Burchill, Nigel D. White and Justin Morris, p. 68-83. Cambridge University Press (2005). 328 p. ISBN-13 978-0-521-84531-1
- (30) GARRAWAY, Charles H.B. - Soldiers are often as much victims of the decisions of their superiors as civilians – Superior orders and ICC: justice delivered or justice denied, **ICRC Review**, Dec 1999, Vol. 81, N° 836, p. 785-793.
- (31) GREPPI, Edoardo - The evolution of individual criminal responsibility under international law, **ICRC review**, Vol 85, p. 531-553
- (32) GUTMAN, Roy W. – Spotlight on violations of IHL – the role of media, **ICRC Review**, N° 325, Dec 1998, p. 619-625.
- (33) HALLORAN, Richard – **The sling and the stone: on the war in the 21st Century**. [Em linha]. [Acesso em 21 Janeiro 2007]. http://www.findarticles.com/p/articles/mi_m0IBR/is_3_35/ai_n15397406



- (34) HEINL, Robert Debs - **Dictionary of Military and Naval Quotations**. Annapolis, United States Naval Institute. 1966, Fourth Printing 1981. ISBN: 0870211498
- (35) HINGORANI, Rup C. – Command Responsibility and War Crimes. **Journal of International Law of Peace and Armed Conflicts**, Vol. 20, issue 1 (2007) p. 51-53. ISSN 0937-5414
- (36) HOMEM, António Pedro Barbas. Reflexões Sobre o Justo e o Injusto: A Injustiça como Limite do Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra Editora (1998), p. 587-649
- (37) HUSAK, Douglas N. – Ignorance of law and duties of citizenship. **Legal Studies**. Leeds. Vol. 14, N.º 1 (1994), p. 105-115
- (38) Joint Publication 3.2.2 – Command and Control of Allied Land Forces, **NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION**, 2nd draft, 2002(?)
- (39) JÚDICE, José Miguel; Correia, João - A legitimação ou a legitimidade. **Revista da Ordem dos Advogados**. ISBN 0870-8118. Ano 64, (Novembro 2004) p. 11
- (40) Law of War – **UNITED STATES ARMY HANDBOOK**, International & Operational Law Department. Virginia, 2005. 301 p.
- (41) LEANDRO, Francisco José – O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional. A responsabilidade criminal dos chefes militares no Estatuto de Roma (artigo 28º). **Revista Direito e Justiça** – Volume especial 2006. Universidade Católica Editora Unipessoal, Lda. Lisboa, p. 81-132. ISSN: 0871-0336
- (42) LEANDRO, Francisco José – Um modelo para o exercício do comando no escalão bateria. **Jornal do Exército**. Lisboa. N.º 553 (Julho de 2006), Ano XLVII
- (43) LEANDRO, Francisco José - Uma visão sobre as transformações na justiça militar em Portugal. **Jornal do Exército**. Lisboa. N.º 527 (Março de 2004), p. 16-23



- (44) LEITÃO, Desidério Manuel Vilas – Matriz de Liderança para o século XXI. **Jornal do Exército**. Lisboa. N.º 536 (2005)
- (45) LEVENTE, James – Doctrine of Command Responsibility and its application to superior civilian leadership: does ICC have a correct standard? **Military Law Review**, Vol. 193 (Fall 2007), p. 53-96
- (46) LEVINE, Eugenia - The Mens Rea Requirement of Command Responsibility: Modern Developments and Future Direction. **Global Policy Forum** (February 2005)
- (47) LIND, William S. – **Understanding Fourth Generation WAR** – 15 January 2004. [Em linha]. [Acesso 25 de Janeiro 2008]. <http://www.antiwar.com/lind/index.php?articleid=1702>
- (48) MARTINEZ, Jenny S. – Understanding “mens rea” in command responsibility: from Yamashita to Blaškić and beyond. **Journal of International Criminal Law**, Vol. 5, issue 3 (July 2007) p. 638-664. ISSN 1478-1387
- (49) MAYER, Robert – Superior Orders and International Criminal Court. **International Conflict and Security Law**, Cambridge University Press, 2005. Essays in Memory of Hilaire Mc Coubrey, Edited by Richard Burchill, Miguel D. White and Justin Morris. 328 p. ISBN-13-978-0-521-84531-1
- (50) MELONI, Chantal – Command responsibility: mode of liability for the crimes of subordinates or a separate offence of the superior? **Journal of International Criminal Law**, Vol. 5, issue 3 (July 2007) p. 619-637. ISSN 1478-1387
- (51) MERON, Theodor – Leaders, Courtiers and Command Responsibility in Shakespeare. International Law and Armed Conflicts: Exploring the faultlines. **The International Humanitarian Law Series - Essays in Honour of Yoram Dinstein**. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden. 2007, p. 403-411
- (52) NERLICH, Volker – Superior responsibility under article 28 ICC Statute. **Journal of International Criminal Law**, Vol. 5, Issue 3 (July 2007) p. 665-682. ISSN 1478-1387
- (53) NEWMAN, Stephen C. – Duress as a Defence to War Crimes and Crimes



- Against Humanity: **Military Review**, Vol. 166, p. 159 - Heinonline-166 Mil. L. Rev. 158, 2000¹²
- (54) OTTO, Triffterer – Command responsibility, article 28º Rome Statute, an extension of individual criminal responsibility for crimes within jurisdiction of the court: compatible with 22, nullum crimen sine lege? **Gedächtnisschrift für Theo Vogler**. Heidelberg (2004), p. 215-262. 283 p. ISBN 3-8114-52229-0
- (55) OTTO, Triffterer – Command responsibility: crimen sui generis or participation as “otherwise provided” in article 28º Rome Statute? **Menschengerechtes Strafrecht**. Munique (2005), p. 901-924. ISBN 3 406 524 621
- (56) PARKS, William H. - Command Responsibility for War Crimes. **Military Law Review**, Vol 62 (Fall 1973), p. 1-104
- (57) PAUST, Jordan – Superior orders and command responsibility. **International Criminal Law**. 2nd ed. Vol. I – Crimes (1999), p. 223-237. 1004 p. ISBN 1-57-105-017-5
- (58) PLATE, Christophe - Journalist’s reports cannot prevent conflicts, **ICRC Review**, September 2000, Vol 82, N.º 839, p. 617-625.
- (59) RAGA Maurizio - **International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005. Capítulos 1 e 23. ISBN 90-04-14434-X
- (60) RIVERO, M. del Carmen Gómez – A un espacio de la racionalidad para la obediencia debida? **Revista Penal**. Sevilla, N.º 14 (2004)
- (61) RODRIGUES, Almiro - O tribunal penal internacional e os seus contributos para o direito internacional. **Revista Ciência Criminal**. Lisboa. Ano II, n.º 30 (2001), p. 355-378
- (62) SCHABAS, William A. – Mens rea and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. [Em linha]. HeinOnline 37 **New England Law Review** p. 1015-1036, 2002-2003. [Acesso 24 de Abril 2008]. <http://heinonline.org/hol/>

¹² Disponível em <http://heinonline.org/hol/>.



- (63) SINGH, Sandhiya – Command Responsibility of Military and Civilians Superiors: an examination of international judicial decisions. **African Yearbook on International Law**. Vol. 2006, p. 42-64. ISBN-13:978-0-7021-7413-1
- (64) SOLIS, Gary D. - Obedience to orders: History and abuses at Abu Ghraib Prison, **Journal of International Criminal Justice**, Oxford University Press, 2004¹³
- (65) Staff Organization and Operations - **UNITED STATES ARMY FIELD MANUAL 101-5**, Washington DC, 1997
- (66) STAHN, Carsten - *Jus ad bellum, jus in bello... jus post bellum*. **European Journal of International Law**. Vol. 17, N.º 5 (Nov 2006)
- (67) STEWART, James G. - *Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict*. **IRRC**, June 2003 Vol. 85, N.º 850, p. 313 a 350. [Em linha]. [Acesso 21 de Fevereiro 2008].
[http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5PYAXX/\\$File/irrc_850_Stewart.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5PYAXX/$File/irrc_850_Stewart.pdf)
- (68) TAYLOR, James Stacey – **Autonomy, duress and coercion**. **Social Philosophy & Policy**. Cambridge (Summer 2003) Number 2, Vol. 20, p. 127-155
- (69) THOMAS, Henquet – *Convictions for command responsibility under articles 7/1 and 7/3 of the Statute of ICTY*. **Leiden Journal of International Law** (2002), Vol. 15, issue 4, p. 805-834. ISSN 0922-1565
- (70) THORETTE, Bernard – *Tomorrow's land forces*. **Révue Défense Nationale & Sécurité Collective - EUROSATORY 2006**, N.º 6
- (71) TRAN, Pierre – *French General Challenges Military Transformation*. **DEFENSE NEWS**, January 21 (2008) p. 12
- (72) TRINDADE, António Augusto Cançado – *Complementarity Between State*

¹³ Disponível em <http://heinonline.org/hol/>.



- Responsibility and *Individual* Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited. **International Responsibility Today, Essays In Memory Of Oscar Schachter**. Edited by Maurizio Raga. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005. ISBN 90-04-14434-X
- (73) TURNS, David – Ware *Crimes Without War?* The applicability of the International Humanitarian Law to atrocities in non-international conflicts. **African Journal of International and Comparative Law**, 1995, Vol 7, issue 4, p. 804-830¹⁴.
- (74) VENTURINI, *Gabriella* – War Crimes in International Armed Conflicts. **The Rome Statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity**. Aldershot: Ashgate, 2001. ISBN 0-7546-2154-5
- (75) WENQI, Zhu – The doctrine of command responsibility as applied to civilian leaders: the ICTR and the Kayishema case. **International Law in the Post-cold war World, essays in memory of Li Haopei**. Routledge, NY (2001), p. 373-384. 529 p. ISBN 0-415-23608-8
- (76) WOMACK, Brandy – *The development and recent applications of the doctrine of command responsibility: with particular reference to the “mens rea” requirement*. **International Crime and Punishment**. University Press of America, Mariland (2003), Vol. 1, p. 101-168. 173 p. ISBN 0-7618-2570-3

¹⁴ Disponível em <http://heinonline.org/hol/>.



Apêndice 1 - Média e Responsabilidade de Comando

“War reporting is not a military activity... the line which separates the war reporting from active participation in the war effort is now thinner than ever”.

Hans-Peter Gasser¹

“...Sierra Leone did not become news... until the victims had been shown on TV.”

Christoph Plate²

*P*oderá, eventualmente, parecer ao leitor que a inclusão deste apêndice não tem uma directa ligação, nem com o tema tratado no corpo desta investigação, nem com o modo como o tema foi apresentado. Há, todavia, duas razões contrárias a este argumento e que, do nosso ponto de vista, não só sustentam a inclusão deste anexo, como a recomendam. A primeira, reside no facto de que, tal como já afirmámos: “[H]oje, muito mais que no passado, são os agentes dos Estados, em particular os altos dirigentes do Estado, que cometem crimes internacionais. Estes agentes, a grande maioria das vezes não o fazem directamente, mas através de ordens, de planos, de instigação, de organização, de ajuda, de encobrimento ou simplesmente através da tolerância culpável ou ainda negligentemente falham a sua prevenção e o seu castigo (tradução do autor)”³. Guénaél Mettraux afirma mesmo que “o interesse em responsabilizar internacionalmente os oficiais de alta patente reside na percepção de tais indivíduos detêm muito maior responsabilidade pelas atrocidades de larga escala do que aqueles que se localizam nos patamares mais baixos da hierarquia

¹ Year Book of International Humanitarian Law, 2003, p. 385 & 388.

² Journalist's reports cannot prevent conflicts, ICRC Review, September 2000, Vol 82, n° 839, (p. 617-625).

³ Antonio Cassese, International Criminal Law, 2nd ed., p.307 - No relatório de Robert H. Jackson, em 6 de Junho de 1945, para o Presidente Roosevelt: “... Today, more so than in the past, it is state officials and in particular senior officials, that commit international crimes. Most of the time they do not perpetrate crimes directly. They order, plan, instigate, organize, aid and abet or culpably tolerate or acquiesce, or willingly or negligently fail to prevent or punish international crimes”.



(tradução do autor)”⁴. Isto é, como vimos, “a responsabilidade de comando e dos outros superiores hierárquicos” é um conceito elaborado para lidar com crimes colectivos no sentido em que promove a diligência por parte de um comandante em se manter informado sobre as eventuais condutas criminosas dos seus subordinados. Assim sendo, a conduta dos media⁵, os seus produtos e a sua “abundante” presença nos conflitos armados modernos, apresenta uma considerável propensão para interagir directamente na formação do “conhecimento” e da “vontade” daqueles que detêm funções de comando e chefia, em situações de uso da força armada.

A ser verdadeiro o primeiro argumento, importa então considerar um segundo, no sentido em que hoje os media, deverão ser vistos (nesta perspectiva da responsabilidade de comando) no seu papel de observadores independentes, sem esquecer o seu potencial para contribuir para a formação do elemento subjectivo dos comandantes e dos outros superiores hierárquicos e ainda, sem ignorar a possibilidade de se tornarem testemunhas, no momento da determinação da responsabilidade individual, num tribunal internacional. Para além destas duas facetas, a responsabilidade de comando pode ainda colocar-se numa perspectiva de utilização dos meios de difusão pública de modo a configurarem uma directa participação ou um acto hostil num conflito armado, através da designada “media of hate”. São precisamente estes três pontos, isto é, por um lado, o facto dos media poderem contribuir, com os seus produtos e com a sua capacidade de divulgação da mensagem, para a formação do elemento subjectivo dos comandantes, no caso da determinação da responsabilidade de comando, por outro, a existência da possibilidade efectiva de arrolar os media como testemunhas num tribunal internacional competente e, por fim, a possibilidade de responsabilização de um

⁴ *The Law of Command Responsibility*, 2009, p. 15: “...The growing prosecutorial interest for high-ranking officials at the international level is based in large part on the perception that those placed higher in the hierarchy bear greater responsibility for large-scale atrocities than those located further down the chain of command”.

⁵ O vocábulo “mídia” é utilizado como referindo meios com capacidades de comunicação em massa. Todavia, o mesmo vocábulo “mídia” pretende também ser representação genérica dos seguintes indivíduos que, do ponto de vista do Direito de Genebra, gozam do estatuto de civis num conflito armado, sempre que se verificarem certas condições: *free lancers*, *embedded* (jornalistas profissionais que acompanham unidades militares em combate, mediante uma cláusula contratual entre o órgão de comunicação social e o Estado nacional dessa unidade militar), correspondentes acreditados, fotógrafos, *staff* técnico, operadores de câmara e de áudio, etc., não se referindo em concreto à hipotética divisão entre “tradicional mídia” e “social mídia”.



comandante por crimes cometidos pelos seus subordinados através da utilização da “media of hate”, que merecem uma referência especial. Vejamos, pois, cada uma destas temáticas:

- a) Os media podem contribuir, com os seus produtos e com a sua capacidade de divulgação da mensagem, para a formação do elemento subjectivo dos comandantes, no caso da determinação da responsabilidade de comando – No Capítulo 5 organizámos os elementos essenciais da responsabilidade de comando⁶ em elementos funcionais, elementos subjectivos e operacionais. Vimos também que relativamente ao elemento subjectivo se colocavam grosso modo duas modalidades de “conhecimento”: o conhecimento directo⁷ estabelecido por prova que relacione os factos com a consciência da sua existência por parte do comandante e o conhecimento imputado ou construído⁸ com base em evidências circunstanciais, com a presunção do seu conhecimento, devido às circunstâncias de notoriedade pública, à sua frequência, ao período de tempo ou à área geográfica onde ocorreram. Na determinação do conhecimento imputado ou construído, foram levantados, como também referimos no Capítulo 5, critérios (ou indícios)⁹ que tiveram origem num comentário do ICRC¹⁰ ao n.º 2 do artigo 86º do PA I, no Relatório Final da Comissão de Especialistas das Nações Unidas¹¹ e na jurisprudência dos Tribunais ad hoc. Entre estes critérios, salientámos o que ficou definido pela jurisprudência do ICTY em Stanislav Galić (IT-98-29-T, 2003), §704¹². Na verdade, a cobertura mediática, em conjunto com outros factores como, por

⁶ Čelebići (Delalić) IT-96-21-T, 16 Nov 1998, §346; Radislav Kordić IT-95-14/2-A, Appeal, 17 Dec 2004, §839, and Naser Orić IT-03-68-T, 30 Jun 2006, §294; Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 247-249 (2008) (identifying the cumulative conditions for superior responsibility).

⁷ Knew/Sabia (n.º 3 do artigo 7º do Estatuto do ICTY e n.º 3 do artigo 6º do Estatuto do ICTR).

⁸ Should have known/em virtude das circunstâncias do momento deveria ter tido conhecimento (artigo 28º, alínea a) (i) do Estatuto do TPI) ou ainda had a reason to know/tinha motivos para saber (n.º 3 do artigo 7º do Estatuto do ICTY e n.º 3 do artigo 6º do Estatuto do ICTR).

⁹ Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*. New York: Oxford University Press Inc, 2009, p. 214.

¹⁰ *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, §35-45 (Yves Sandoz et al. eds., 1987) (“ICRC Commentary on the Additional Protocols”).

¹¹ *Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*, United Nations Doc. S/1994/674, 27 May 1994, §58.

¹² “... finding “in view of the circumstances which prevailed during the conflict, the notoriety of certain of the incidents scheduled in the Indictment and the systematic character of these criminal acts which extended over a prolonged period of time, in conjunction with the media coverage of which the SRK Corps command was aware, renders the accused’s professed ignorance untenable.”



exemplo, o período de tempo pelo qual se prolongaram os factos de natureza criminosa, pode constituir indício bastante para que o tribunal possa assumir o conhecimento dos factos por parte de um comandante. A cobertura mediática tem ainda a possibilidade de potenciar a disseminação de mensagens de organizações de natureza humanitária (como aconteceu no caso do Khian Detention Centre (Líbano), entre 1985 e 2000) ampliando a necessidade de atenção (e portanto o dever de saber) de um comandante para uma determinada situação. Considerando a organização de um Estado-Maior moderno e a doutrina e os meios que uma força deverá dispor para actuar no campo da informação pública, consideramos que um comandante operacional deve conhecer as mensagens difundidas pelos média e que resultam das suas acções armadas, pelo que o critério “cobertura mediática”, do nosso ponto de vista, pelo menos ao nível operacional da guerra, poderá funcionar independentemente de outros critérios, na determinação do elemento subjectivo da responsabilidade de comando. A campanha mediática integrada nas operações “não k̄netic”¹³ que, em regra, decorre ao nível das operações de informação¹⁴, constitui um excelente oportunidade para aprofundar o conhecimento sobre os actos dos seus subordinados e assim, exercer o controlo de modo a impor a conduta mais adequada às seus subordinados.

- 6) A existência da possibilidade efectiva de arrolar os média como testemunhas num tribunal internacional competente – Os comandantes militares e os superiores hierárquicos percebem por um lado os média como observadores “ditos” independentes, interessados apenas em vender emoções, capazes de funcionar como

¹³ A expressão “não k̄netic” destina-se a identificar todas as acções num conflito armado que, embora se destinem a produzir um efeito no adversário, esse efeito não é directamente identificável com a destruição física. Por exemplo, a execução de fogos de artilharia produz efeitos “k̄netic” mas as acções de operações psicológicas produzem efeitos “não k̄netic”.

¹⁴ AJP 3.10 p. (Ratification Draft- section II): “Info Ops is a military function to provide advice and coordination of military information activities in order to create desired effects on the will, understanding and capability of adversaries, potential adversaries and other North Atlantic Council approved parties in support of Alliance mission objectives”. E ainda European Union Concept for Military Information Operations de 25 de Fevereiro de 2008: “European Union Military Info Ops is a military function that provides advice and co-ordination of military activities affecting information and information systems in order to create desired effects in support of the mission specific Crisis Information Strategy and of the political and military objectives of the European Union”.



potentes utensílios de projecção de imagem, e por outro, como potenciais instrumentos capazes de participar na própria conduta das hostilidades, através das designadas “acções de propaganda”, no sentido em que temos vindo a utilizar a expressão “media of hate”. Os comandantes militares e os superiores hierárquicos muito raramente percebem os media como potenciais testemunhas perante um tribunal internacional. O ICTY no caso n.º IT-99-36-A, cujo recurso foi pronunciado em 11 de Dezembro de 2002, *Radoslav Brđanin & Monir Talić* (mais conhecido por *Randal Case*), veio mudar este estado de coisas. Repare-se que não se trata de indivíduos que, tendo em consideração a sua experiência no exercício da sua profissão, num teatro de operações (que designaremos por correspondentes de guerra), se disponibilizam voluntariamente perante um tribunal internacional, no sentido de serem testemunhas perante a acusação ou a defesa de um determinado crime internacional. O que se trata nesta sede é de saber se tais indivíduos, tendo sido solicitados a testemunhar, se podem recusar a fazê-lo, fundamentando que tal testemunho poderá colocar em perigo o seu estatuto de independência, poderá minar a sua credibilidade e comprometer decisivamente a sua capacidade de recolher informação por via do comprometimento das suas fontes. Factos que, a serem verdade, especialmente em tempo de conflito armado, contribuem fortemente para uma considerável diminuição do direito à informação, valor fundamental das sociedades democráticas modernas a que se refere o artigo 19º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.¹⁵ O Tribunal, na sua análise da questão¹⁶, procurou avaliar três aspectos: I) Existe um interesse público no trabalho dos correspondentes de guerra? II) Forçar o testemunho de um correspondente de guerra perante um caso de crimes de guerra terá um impacto negativo na sua capacidade de executar as suas tarefas no futuro? III) Qual é o critério mais apropriado para equilibrar a existência de um interesse público no

¹⁵ Ao qual também já se referiu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Fresso v. France*, 21 de Janeiro de 1999, §51; *Erdogdu and Ince v. Turkey*, Judgement of 8 July 1999, §48; *Sener v. Turkey*, Judgement of 18 July 2000, §41-21.

¹⁶ Ver, em especial, os parágrafos do caso n.º IT-99-36-A, §34, 35-38, 42 e 50.



trabalho dos correspondentes de guerra e a existência de um interesse público em obter relevantes provas para a descoberta da verdade?

Quanto à primeira questão, a Câmara de Recurso considerou que o trabalho dos correspondentes de guerra está ao serviço do interesse público, uma vez que a transmissão de informação sobre morte, destruição e sofrimento em larga escala é vital para apoiar todos aqueles que procuram impedir ou punir os autores de tais crimes.¹⁷

Quanto a nós, é importante observar que diminuir esta capacidade, reconduz a uma necessária redução das possibilidades de conhecer de um comandante ou de um superior hierárquico a que nos referimos na alínea anterior.

Relativamente à segunda questão, o tribunal reconheceu a dificuldade de avaliar com precisão tal impacto, mas pronunciou-se no sentido da sua existência, não só no que respeita à recolha de notícias, como também à própria segurança dos correspondentes de guerra, podendo inclusive impedir o normal desempenho das suas tarefas.¹⁸

¹⁷ Case n.º IT-99-36-AR73.9, Prosecutor v. Radoslav Brđanin & Monir Talić, Decision on interlocutory Appeal – 11th December 2002 - §36. The Appeals Chamber is of the view that society's interest in protecting the integrity of the newsgathering process is particularly clear and weighty in the case of war correspondents. Wars necessarily involve death, destruction, and suffering on a large scale and, too frequently, atrocities of many kinds, as the conflict in the former Yugoslavia illustrates. In war zones, accurate information is often difficult to obtain and may be difficult to distribute or disseminate as well. The transmission of that information is essential to keeping the international public informed about matters of life and death. It may also be vital to assisting those who would prevent or punish the crimes under international humanitarian law that fall within the jurisdiction of this Tribunal. In this regard, it may be recalled that the images of the terrible suffering of the detainees at the Omarska Camp that played such an important role in awakening the international community to the seriousness of the human rights situation during the conflict in Bosnia Herzegovina were broadcast by war correspondents. The Appeals Chamber readily agrees with the Trial Chamber that war correspondents "play a vital role in bringing to the attention of the international community the horrors and reality of conflict." The information uncovered by war correspondents has on more than one occasion provided important leads for the investigators of this Tribunal. In view of these reasons, the Appeals Chamber considers that war correspondents do serve a public interest. [Em linha] [Acesso em 12 de Setembro de 2009] <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/acdec/en/randall021211.htm>.

¹⁸ Case IT-99-36-AR73.9, Prosecutor v. Radoslav Brđanin & Monir Talić, Decision on interlocutory Appeal - 11th December 2002 - §40. The Amici Curiae, by contrast, insist that "[e]ven when findings are published and sources are known, the link between the forced disclosure and the loss of journalist's independence is compelling, as it significantly changes the tone of journalist's work and the willingness of sources to comply with reporters' requests for interviews." ³⁶ The Appellant similarly argues: If it becomes known in conflict zones that reporters may be compelled to testify about crimes they may witness or have been incautiously confessed to them by officials, they will not be accorded important interviews and facilities. They will increasingly be excluded from conflict zones and from places or positions where they might witness war crimes. Some guilty parties will cease to boast about criminal acts, or to give interviews at all. The Appeals Chamber acknowledges that it is impossible to determine with certainty whether and to what extent the compelling of war correspondents to testifying before the International Tribunal would hamper their ability to work. However, in the opinion of the Appeals Chamber, it is not a possibility that can be discarded lightly, as the Trial Chamber found, simply because the evidence sought concerned published information and not confidential sources. The potential impact upon the newsgathering function and on the safety of war correspondents as submitted by the Appellant and the Amici Curiae is great. [Em linha] [Acesso em 12 de Setembro de 2009] <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/acdec/en/randall021211.htm>.



Finalmente, relativamente à terceira questão, o Tribunal identificou um duplo critério para que um correspondente de guerra seja compelido a testemunhar num tribunal internacional: o testemunho tem de ser importante e directamente relacionado com a questão essencial do caso e deve demonstrar-se ser impossível obter tal testemunho por outras vias.¹⁹ Assim, mesmo havendo necessidade de aplicação deste duplo critério, é possível obter um testemunho de um correspondente de guerra num tribunal internacional, não gozando estes agentes de uma especial imunidade ao testemunho como, por exemplo, o pessoal ao serviço do Comité Internacional da Cruz Vermelha (ICRC).

- c) *Responsabilização de um comandante e, em especial, de um superior hierárquico, por crimes cometidos pelos seus subordinados através da utilização dos “media of hate” – Importa, em primeiro lugar, explicar melhor o conceito de “media of hate”. A questão que procuramos tratar a este propósito é a de averiguar do funcionamento da responsabilidade de comando, por utilização dos media, de modo em que esta utilização configure um crime internacional. A expressão “media of hate” procura precisamente identificar essa utilização de modo a que se possa constituir como um crime de guerra e, por essa via, ser susceptível de se levantar o problema da responsabilidade de comando. A questão coloca-se, em boa verdade, no momento em que as actividades de certos órgãos ao serviço da comunicação perdem o seu estatuto de neutralidade²⁰ jornalística e se envolvem numa “participação directa”²¹ no conflito armado ou execução actos susceptíveis de configurar um “acto hostil”²². Verificando-se a existência dos elementos já apresentados e estudados, designadamente o elemento*

¹⁹ Case IT-99-36-AR73.9, Prosecutor v. Radoslav Brđanin & Monir Talić, Decision on interlocutory Appeal - IT-99-36-A, 11th December 2002 - §50. In view of the foregoing, the Appeals Chamber holds that in order for a Trial Chamber to issue a subpoena to a war correspondent a two-pronged test must be satisfied. First, the petitioning party must demonstrate that the evidence sought is of direct and important value in determining a core issue in the case. Second, it must demonstrate that the evidence sought cannot reasonably be obtained elsewhere. [Em linha] [Acesso em 12 de Setembro de 2009] <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/acdec/en/ranall021211.htm>.

²⁰ Artigo 79º, n.º 1 do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949, conjugado com n.º 1 do artigo 50º do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949.

²¹ Artigo 51º, n.º 3 do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949.

²² Artigo 79º, n.º 2 do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949.



hierárquico, o elemento cognitivo e o elemento operacional, poderá haver lugar a responsabilidade criminal, logo que tais actividades, praticadas por subordinados, possam ser qualificadas como crimes de guerra. Ora, é precisamente aqui que surgem as maiores dificuldades de aplicação do conceito de responsabilidade de comando, uma vez que a linha de punibilidade do superior só é ultrapassada no momento em que este tem uma segunda oportunidade para impedir ou reprimir a prática do crime ou ainda punir os seus responsáveis. De outro modo, importa saber em que momento e em que condições os seus subordinados praticam o crime e quais são afinal os elementos constitutivos desse crime de utilização dos media durante um conflito armado. A jurisprudência do ICTR em Dezembro de 2003, a propósito do caso n.º ICTR 99-52-T *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza & Hassan Ngeze* e o Relatório Final para o Procurador²³ pelo Comité Estabelecido para Analisar a Campanha de Bombardeamentos da NATO contra a República Federal da Jugoslávia²⁴, vieram fazer luz sobre esta questão que, do nosso ponto de vista, refere uma outra perspectiva ao problema da responsabilidade de comando. Os casos ficaram conhecidos como “Radio Television Libre des Mille Collines (RTLM)”, “Kangura Magazine” no que respeita ao ICTR e o Bombardeamento da Estação de TV em Belgrado (RTS), e tiveram lugar no Ruanda em 1994 e na República Federal da Jugoslávia em 1999, respectivamente. A emissão por um órgão de comunicação social de material susceptível de ser considerado “propaganda”, por si só, não configura uma participação directa num conflito armado, nem uma possível violação das Leis dos Conflitos Armados classificável como crime de guerra.²⁵ Todavia, o uso dos media como meio para incitar à violência e como instrumento para promover a violação do direito internacional humanitário, não só configura um modo de participação directa no

²³ Tradução de acordo com a alínea b) do artigo 11º da Resolução da Nações Unidas n.º 808, de 22 de Fevereiro de 1993.

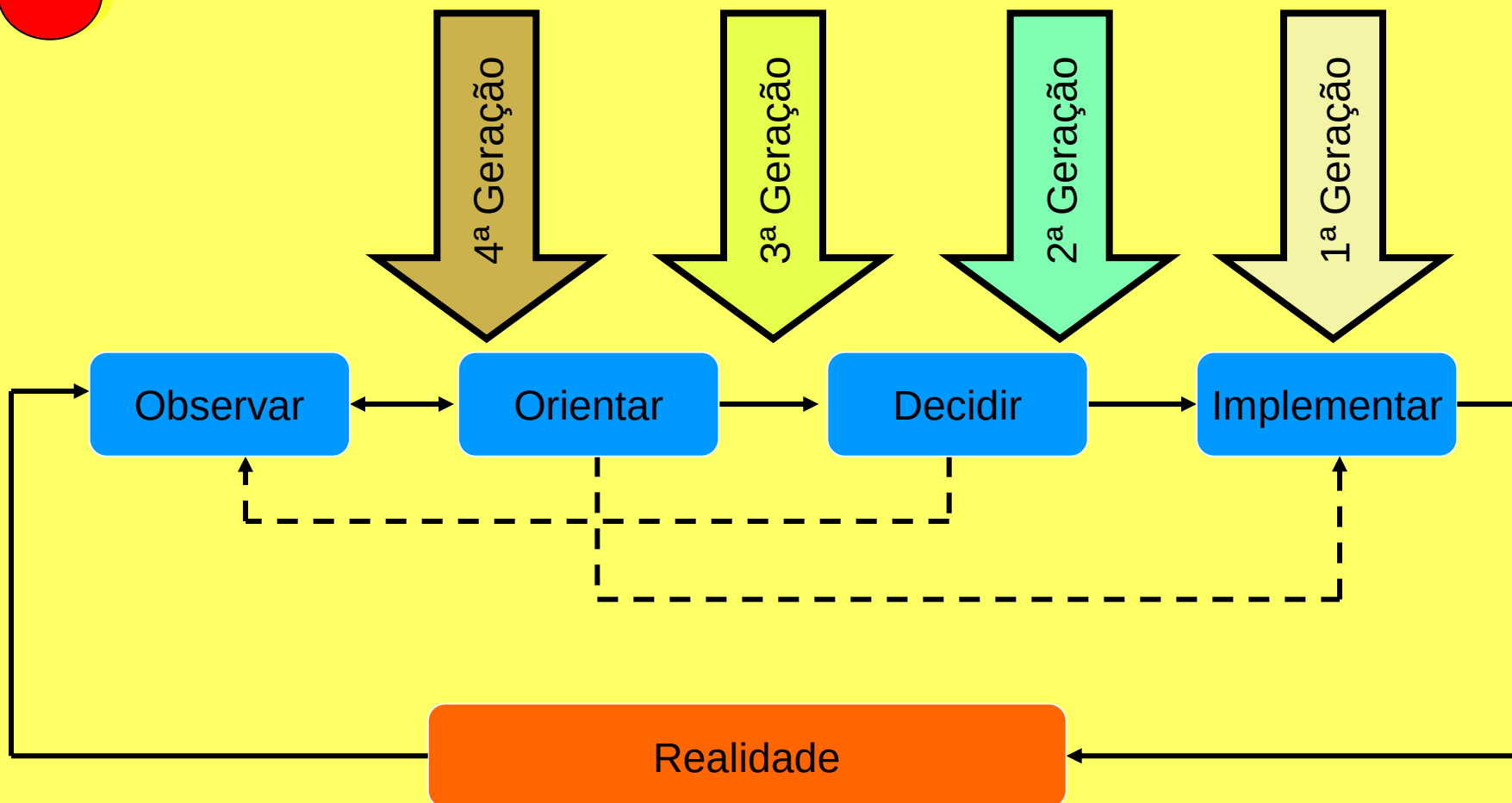
²⁴ (ICTY) Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 8 June 2000. [Em linha] [Acesso em 12 de Julho de 2008] http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf.

²⁵ Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 8 June 2000, §47, §55, §74 e §76. [Em linha] [Acesso em 12 de Julho de 2008] http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf.

conflito (facto que torna esse meio de comunicação um objectivo militar legítimo) como, em certos casos, pode essa própria conduta constituir um crime internacional como é, por exemplo, o caso da alínea e) do n.º 3 do artigo 25º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que criminaliza o incitamento ao genocídio no sentido de o provocar, de o motivar, de o inspirar, de o exortar, de o instar ou de algum modo o promover. Assim, no caso em que um subordinado transforma, por sua iniciativa, a função social dos media num órgão de “media of hate”, capaz de promover violações graves do Direito Internacional Humanitário e dos Conflitos Armados, é susceptível de cometer um crime internacional, criando condições teóricas para a aplicação da responsabilidade de comando.



Apêndice 2 – Quadros referidos no Capítulo 2



Características

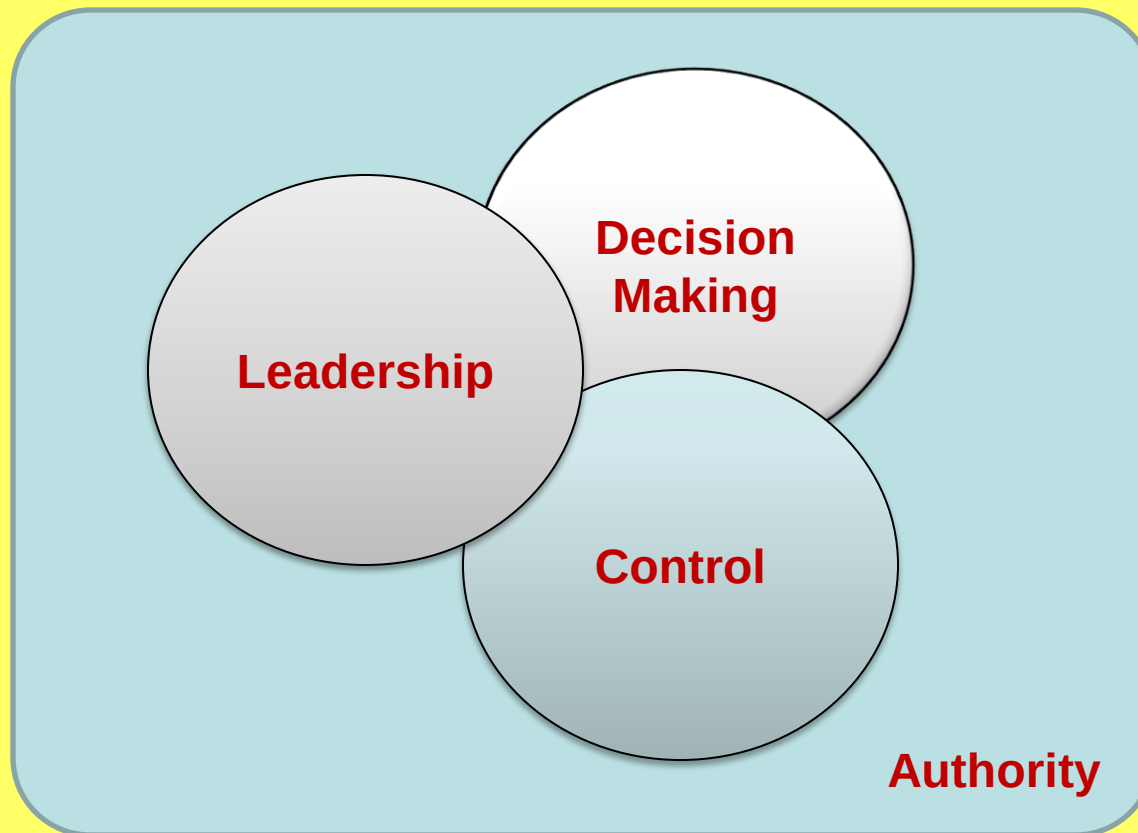
Político Estratégico (Concepção)	(Político) - A autoridade de natureza hierárquica que se exerce, a partir do escalão político, sobre o comandante militar, no sentido da definição dos objectivos gerais e da imposição de restrições e condicionamentos ao nível estratégico, na perspectiva das grandes opções que afectam uma determinada estrutura militar como um todo. (Estratégico) A autoridade de um comandante de nível estratégico é do tipo «guiamento, sincronização e coordenação» e, exerce-se em regra, tal como ao nível operacional, através de uma cadeia de comando e directamente sobre comandantes de nível operacional e que têm por objectivo a articulação de diferentes meios para atingir os fins identificados pelo escalão político.	Acção do tipo: "High beam"
Operacional (Transformação)	Autoridade de um comandante militar ao nível operacional não é, em regra, uma autoridade acção, mas uma autoridade de guiamento e transformação que se exerce, quase exclusivamente, através da sua cadeia de comando, sobre outros comandantes de unidades subordinadas de nível tático e sobre quem tem, como atributo fundamental, o controlo de uma determinada campanha militar.	Acção do tipo: "Law beam"
Tático (Combate)	No nível tático a autoridade de acção que é <u>exercida directamente</u> sobre comandantes subordinados e sobre outros indivíduos que, ao agirem realizando tarefas de empenhamento e de combate, concorrem o sucesso dos objectivos de nível operacional e que se concretizam em acções concretas de emprego e uso da força.	Acção do tipo: "Black out driving"

Comandar

WAR

Autoridade	CC	OPCOM	TACOM	OPCON	TACON
Sentido crescente da autoridade					
Tipo de autoridade	Conferida	Conferida	Delegada	Conferida/ Delegada	Delegada
Competência disciplinar	sim	não	não	não	não
Responsabilidades logísticas	sim	não	não	não	não
Autoridade administrativa	sim	não	não	não	não
Atribuir outro grau de autoridade	sim	Sim 	não	não	não
Atribuir missões	sim	sim	não	não	não
Articular forças	sim	sim	não	não	não
Atribuir tarefas	sim	sim	sim	não	não
Dirigir e detalhar no desempenho	sim	sim	sim	sim	não
Controlar localmente	sim	sim	sim	sim	sim

 OPCON ou TACON



Comandar

WAR

Quadro de apoio não incluído no texto

Liderança

(Influenciar comportamentos)

Compreender

(Conhecer e julgar)

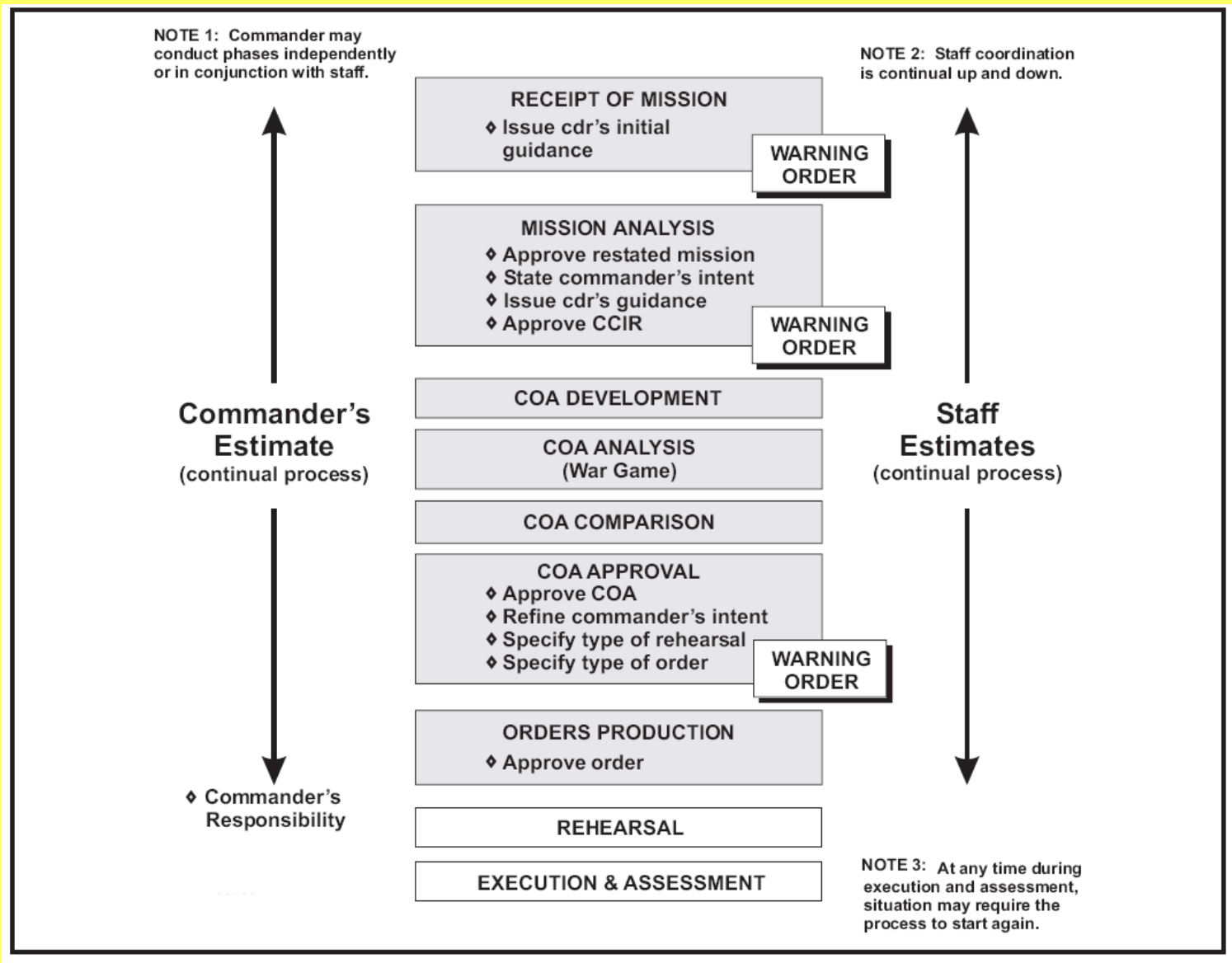
Disciplina

(Garantir obediência)

Controlo

(Assegurar-se do resultado por si próprio ou através de transferências de autoridade [delegação])





Comandar

WAR

INDICADORES DE CONHECIMENTO

ORGANIZACIONAIS

TEMPO DE MISSÃO

BATTLE RITHYM
ESCALÃO DE COMANDO

HIERARQUIA
E
ESTADO-MAIOR

NÍVEL DE TREINO
E DE DISCIPLINA

BOAS PRÁTICAS

PESSOAIS

CULTURA

ESTILO DE COMANDO

FORMAÇÃO

EXPERIÊNCIA E
ENVOLVIMENTO
PESSOAL

CIRCUNSTÂNCIAIS

ACÇÃO DO
ADVERSÁRIO

INTENSIDADE
DAS OPERAÇÕES

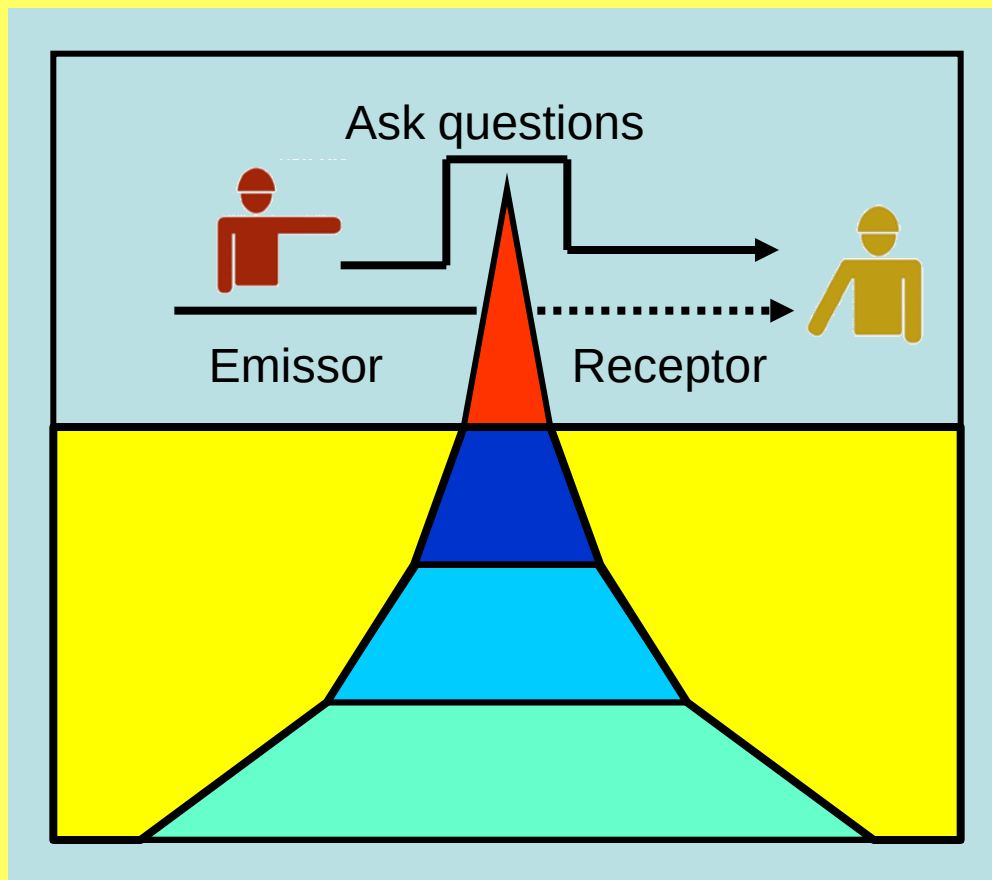
DISTÂNCIA FÍSICA

Comandar

WAR

Deterioração da mensagem (ordens verbais)

Quadro de apoio não incluído no texto



Ordens

Expectativas pessoais: baseadas no estilo e experiência pessoal.

Expectativas militares: baseadas no treino, doutrina, tradições, experiência e deontologia.

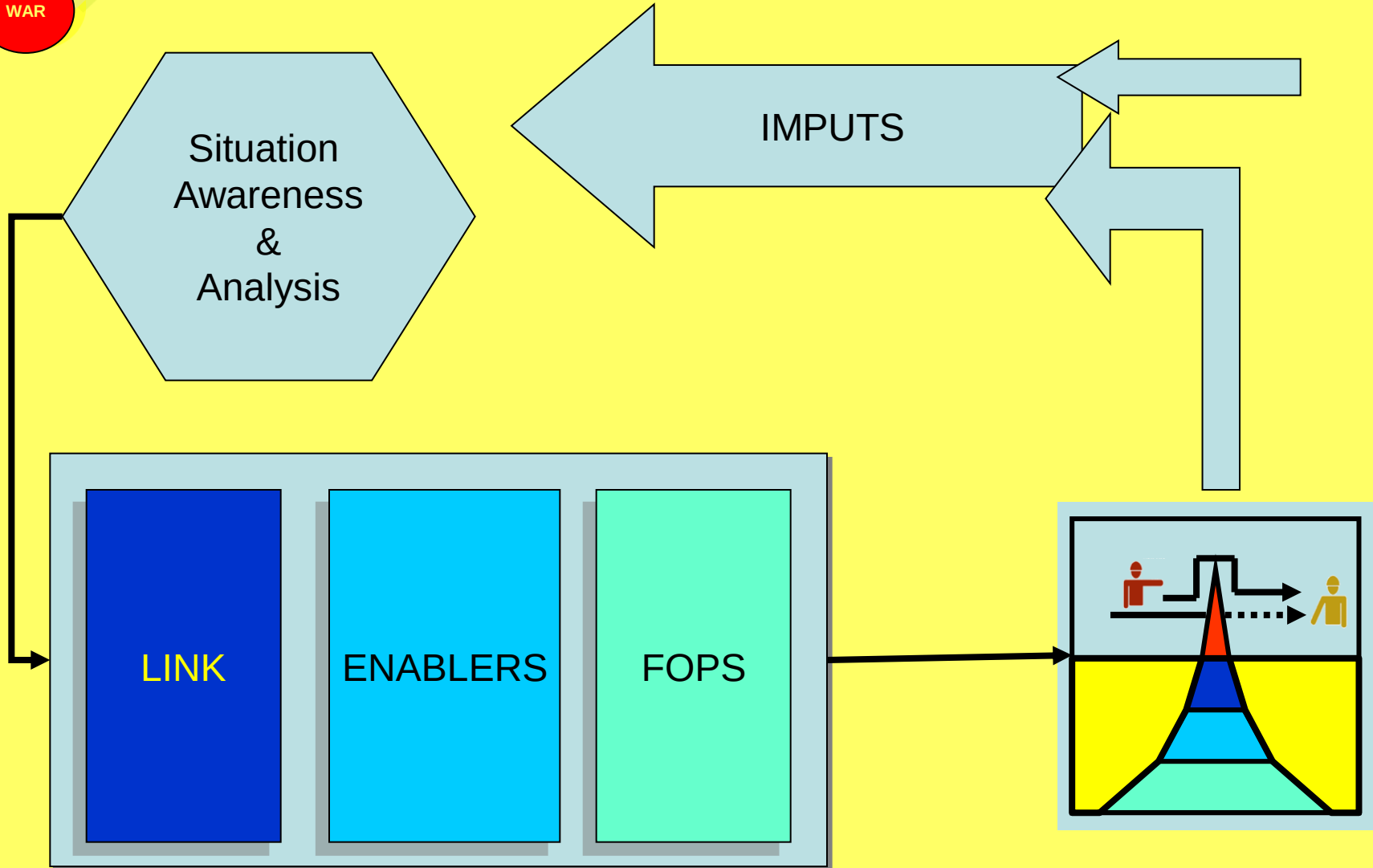
Expectativas culturais: baseadas na nacionalidade, sociedade, valores e ética.

Produção de ordens (funcionamento do Staff)

Comandar

WAR

Quadro de apoio não incluído no texto



Comandar

WAR

HIERARQUIA COGNITIVA

Capítulo 2 – Página 53

COMPREENSÃO

JULGAMENTO

CONHECIMENTO

COGNIÇÃO

INFORMAÇÃO

PROCESSAMENTO

DADOS

DADOS

DADOS

Comandar

WAR

HIERARQUIA COGNITIVA

Capítulo 2 – Página 53

COMPREENSÃO

JULGAMENTO

CONHECIMENTO

COGNIÇÃO

INFORMAÇÃO

PROCESSAMENTO

DADOS

DADOS

DADOS

Comandante

Estado-Maior

Comandantes
Subordinados

Oficiais de Ligação
Outros

Comandar

WAR

HIERARQUIA COGNITIVA

Capítulo 2 – Página 53

COMPREENSÃO

JULGAMENTO

CONHECIMENTO

COGNIÇÃO

INFORMAÇÃO

PROCESSAMENTO

DADOS

DADOS

DADOS

Comandante

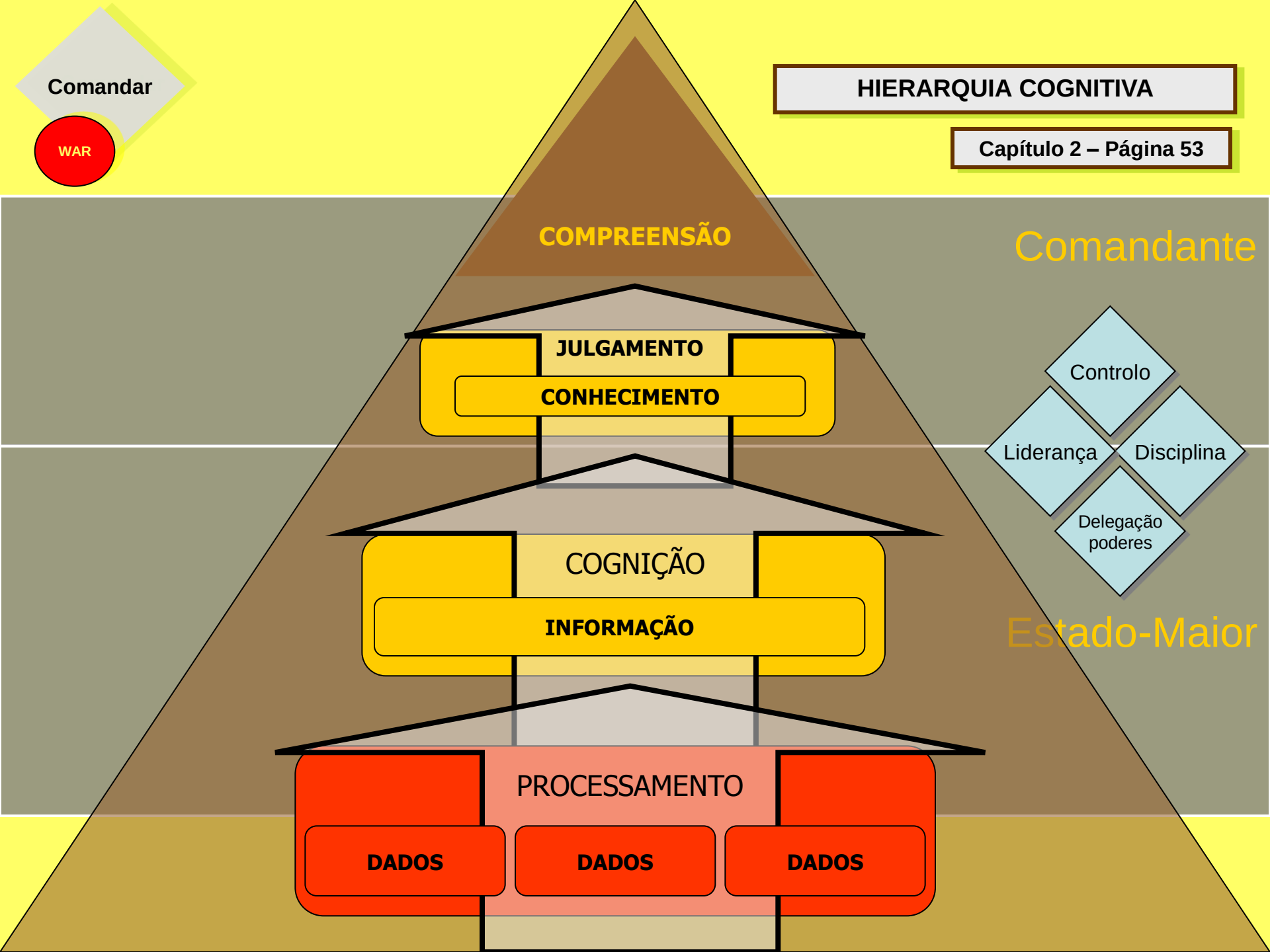
Controlo

Liderança

Disciplina

Delegação
poderes

Estado-Maior



Escalas de Decisão dos Comandantes Militares em Conflitos Armados

Comandar

WAR

Quadro de apoio não incluído no texto

Efeitos

OPLAN

SIM

Minimizar Baixas

TARGETTING
Minimizar Danos Colaterais

Percepções

CIMIC

INFO

OPS

MEDIA

EBAO
Undesired Effects

ROE

Não

Necessidade Militar

Target

Family

Tribe

Religion

Country

SIM

Dual use

Mission Impact

Winning the will of people leads to better peace perceptions.

Objectivo Militar?

Estados falhados

Armas baratas

Gangues

Civis Armados

Tempo mediático

Riscos de Baixas

...

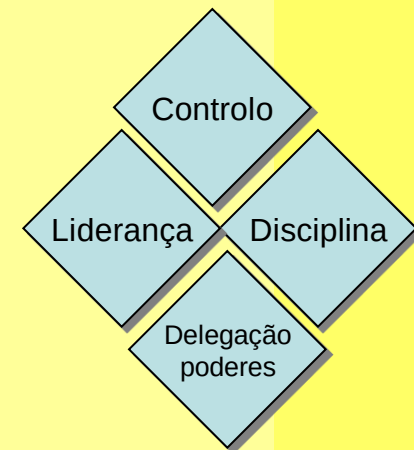
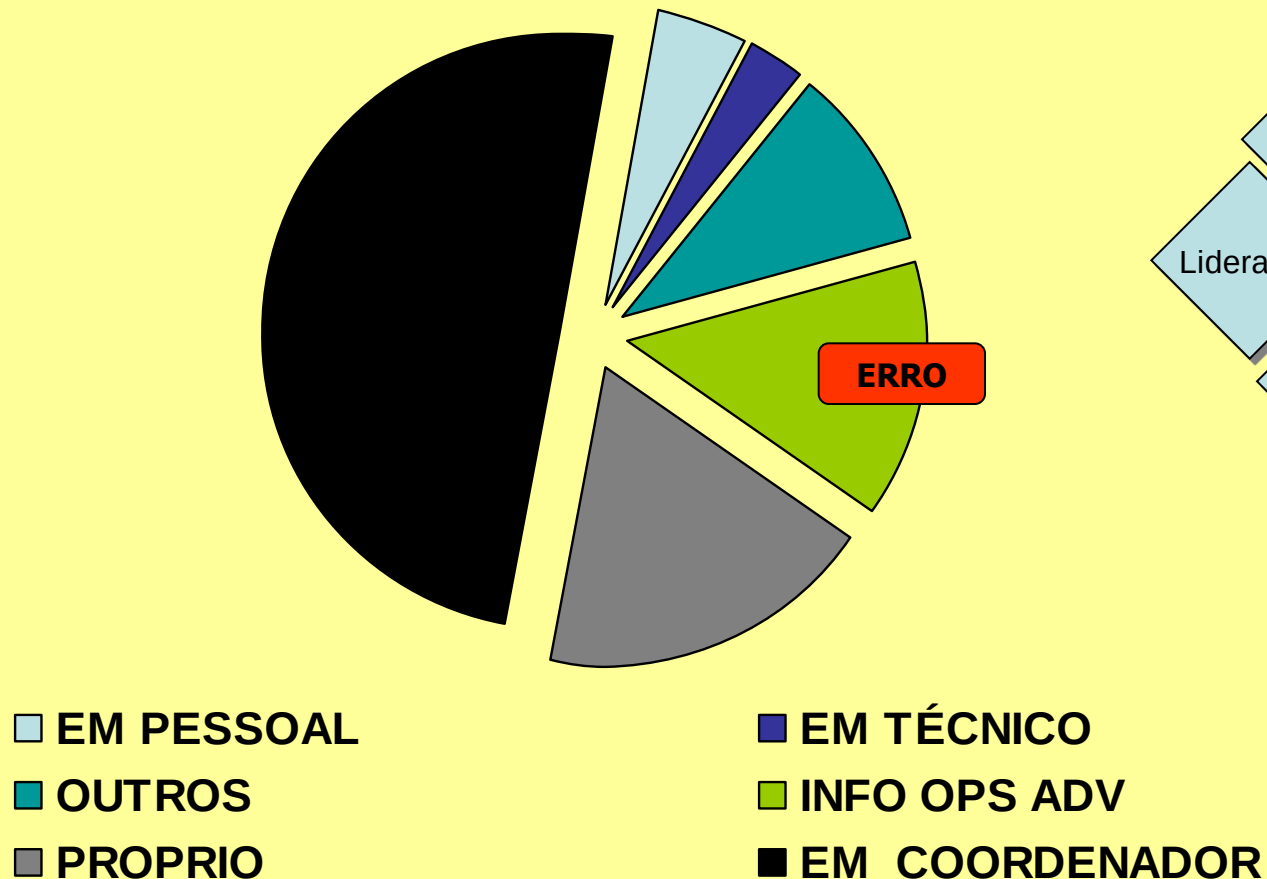
Comandar

WAR

INDICADORES DE CONHECIMENTO

Quadro de apoio não incluído no texto

FASE INICIAL DO COMANDO



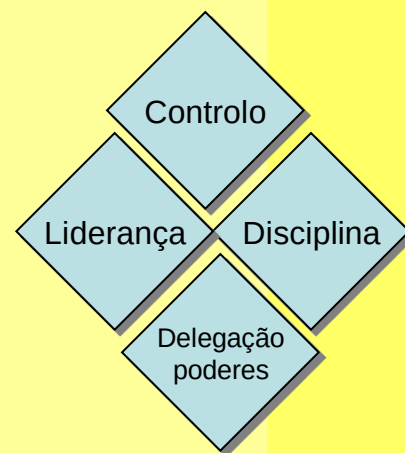
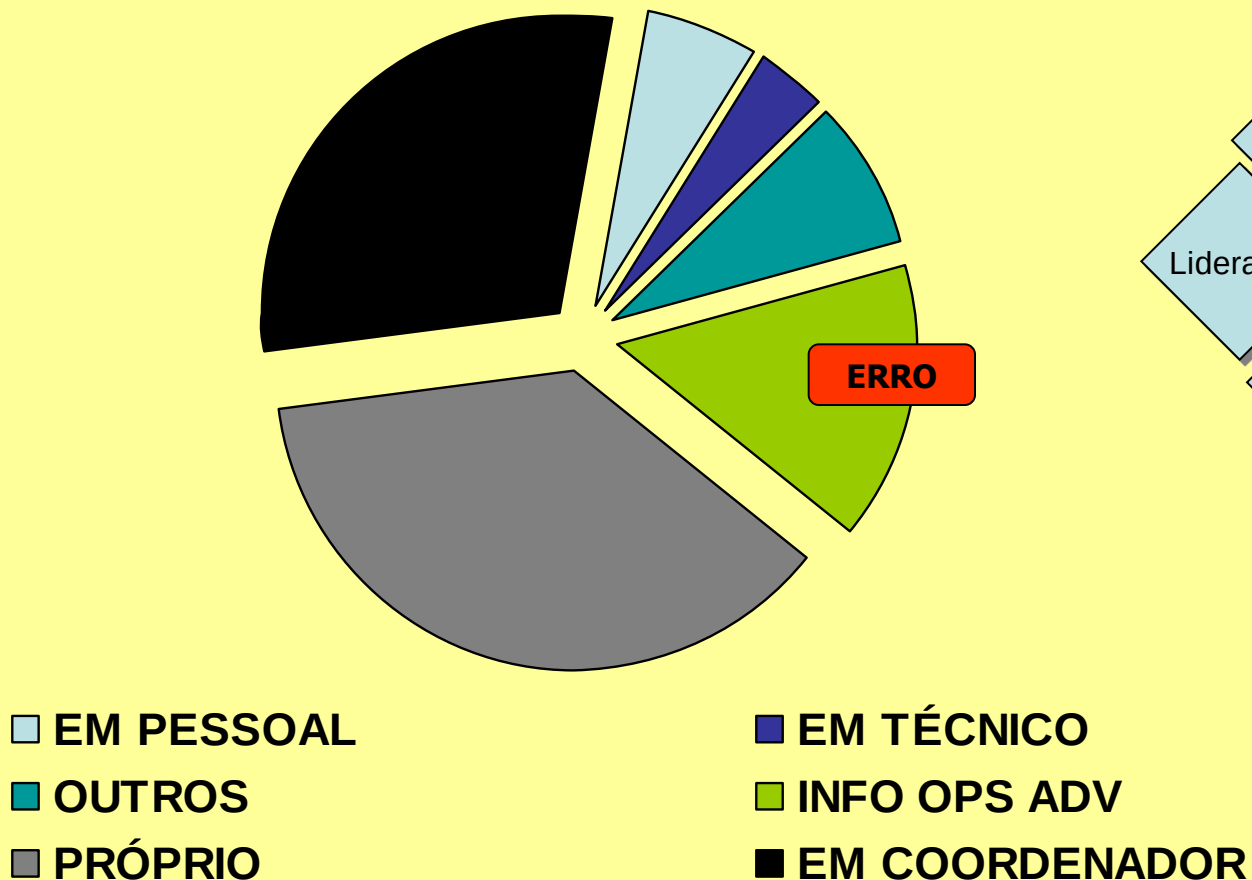
Comandar

WAR

INDICADORES DE CONHECIMENTO

Quadro de apoio não incluído no texto

FASE AVANÇADA DO COMANDO





Apêndice 2 – Quadros referidos no Capítulo 3

Comandar

WAR

Quadro de apoio não incluído no texto

CRIMES OF WAR

Grave breaches jus in bello (international)

Other violation of jus in bello (international)

Serious violations article 3º (non international)



War crimes modern concept (article 8º ICC)

Quadro de apoio não incluído no texto



jus in bello

*Special legal effect:
Individual Penal
Consequences
by International Law*



Grave Breaches
(Geneva and others)

Serious Violations
(article 3 common and others)

**CRIMES
OF WAR**

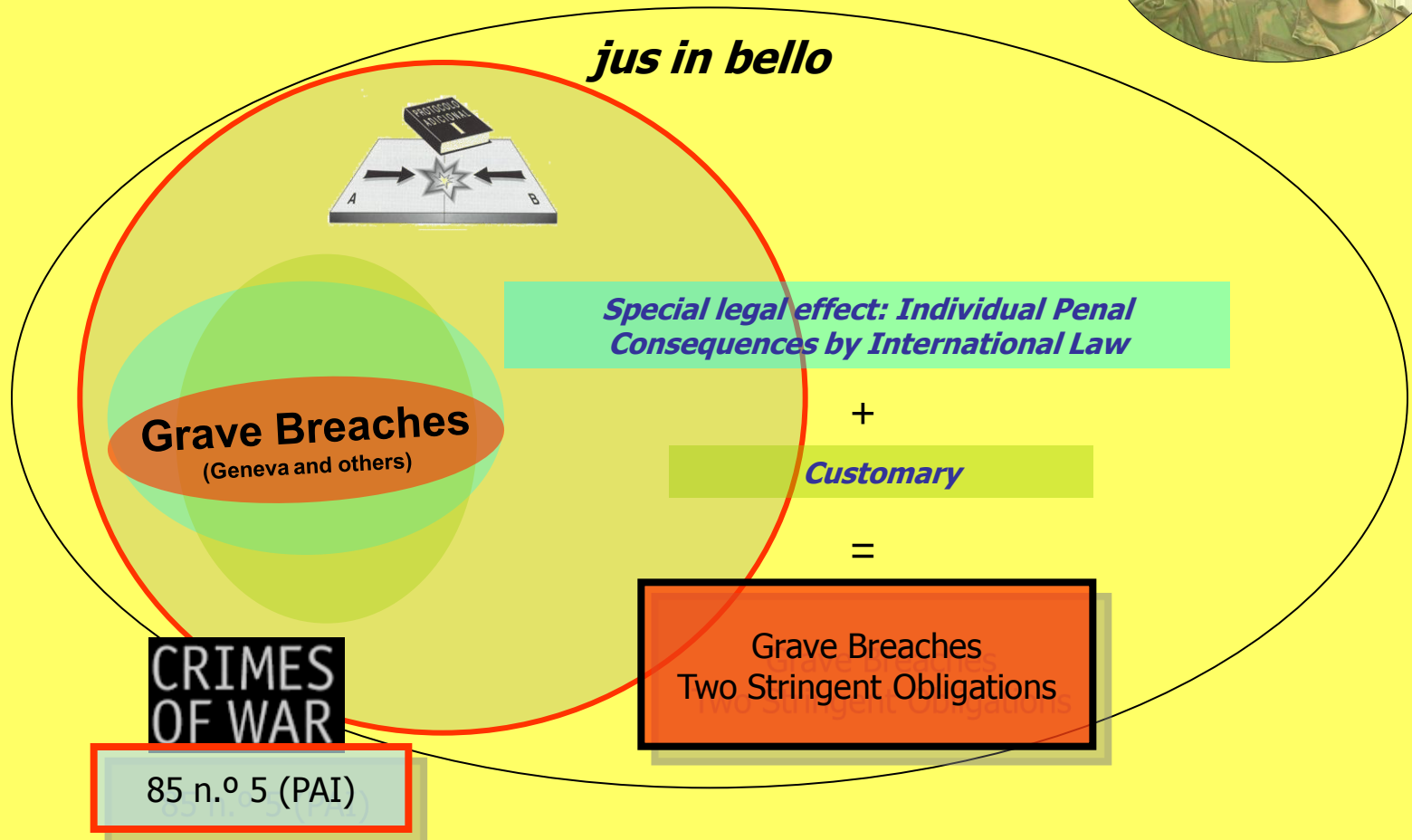
85 n.º 5 (PAI)

*National Penal Codes
National Disciplinary Codes*



War crimes modern concept (article 8º ICC)

Quadro de apoio não incluído no texto





Jus cogens international (by M Chefif Bassiouni - The need for international accountability)

CRIMES OF WAR

Jus Cogens
(Compelling Law)

Aggression
Genocide
Crimes against humanity
War crimes
Piracy
Slavery
Torture

Highest hierarchical position
Peremptory and nonderogable

Requirements

- International opinion juris;
- Language in preambles;
- Large number of states which have ratified related treaties;
- Ad hoc international investigations and prosecutions
- Customary rule

Obligatio erga omnes (flowing to all)

- Duty to prosecute or extradite;
- Duty to provide legal assistance;
- Non applicability of status of limitations;
- Non applicability of any immunities, including heads of states;
- Non applicability of the defense to superior orders, except as a mitigation of sentence;
- Imprescriptibly.



War Crimes (by Georges Abi-Saab – The concept of war crimes)

CRIMES OF WAR

Universal Jurisdiction
(permissive)

Inter-state relation

Connecting factors:

- Situs of the crime
- Nationality of the agent
- Nationality of the victim
- Protection of state interests

- Any state has jurisdiction to prosecute;
- Any state can judge the agent in absence of any connecting factor;
- The presence of the accused is required.



War Crimes (by Georges Abi-Saab – The concept of war crimes)

Grave Breaches (Two Stringent Obligations)

- To complete national legislation criminalizing these acts

- Search actively for the persons accused of committing grave breaches (Who happen to be on their territory)
- Once arrested, judge or extradite them

War Crimes Concept

INTERNATIONAL CONFLICTS

Grave Breaches

(Geneva and others)

Serious Violations

War Crimes

Article 3 common to all GC

Serious Violations

(article 3 common and others)

NON INTERNATIONAL
CONFLICTS

Armed Conflicts

Conceito Jurídico: “...um conflito armado existe sempre que haja recurso extremo à utilização da força armada entre Estados ou violência prolongada no tempo entre autoridades governamentais e grupos organizados ou ainda entre estes grupos organizados, no seio de um Estado (Tadic)”

International

Non International

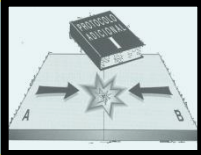
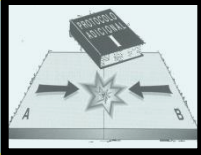
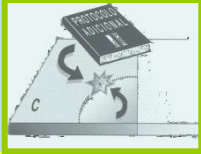
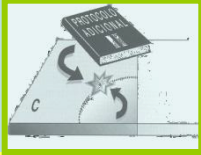
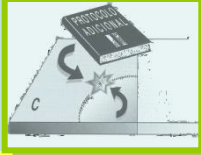
Internal tension &
Public order alteration

Initial fighting moment
Final fighting moment

Delimitação Geográfica e temporal - A limitação geo-temporal prolonga-se para além do momento em que têm lugar as hostilidades e inclui o território ou territórios como um todo no qual o conflito armado tem lugar (Tadic).

War Crimes article 8º ICC (not an open formula as ICTY and ICTR)

Capítulo 3 – Página 59

	Customary Law	GC 1949		UNIVERSAL JURISDICTION		Stringent Obligations	n.º 2 a) Grave Breaches
		HR, IV 1907	CSUNAP, 1994 PA I, 1977	INTERNATIONAL NATIONAL JURISDICTION	85º PA I	H Rights	n.º 2 b) Serious Violations
		Common Article 3º GC, 1949		INTERNATIONAL NATIONAL JURISDICTION	4º APII		n.º 2 c) Serious Violations
		GC 1949	CSUNAP, 1994 PA I II, 1977	INTERNATIONAL NATIONAL JURISDICTION		H Rights	n.º 2 e) Other Serious Violations
				INTERNATIONAL NATIONAL JURISDICTION		PROTRACED	n.º 2 f)

International Crime Court (war crimes are not an open formula)					Incorporation		Observations
International armed conflict	8° 2.a)	Grave breaches of Geneva Conventions	Protection of people Protection of property	Belonging to enemy state	Articles 49° (I), 50° (II), 129° (III) and 146° (IV) from Geneva Conventions, 1949 Recalls Article 2° of ICTY		Universal Jurisdiction
	8° 2.b)	Other serious violations of laws and customs within framework of international law	Methods and means of warfare		IV Hague Law 1907 and PA I 1977, CSUNAP, 1994 Recalls article 3° of ICTY	Grave Breaches of article 85° PA I, 1977 - Methods and means of warfare Influenced by C Rights of the Child 8° 2.b) (xxvi)	
Non International armed conflict	8° 2.c)	Serious violations of article 3 common to Geneva Conventions	Protection of people		Common article 3° Recalls article 4° of ICTR & ICTY Jurisprudence interpreting its article 3°	8° 2.d) – c) does not apply to internal disturbances and tensions such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of similar violence.	
	8° 2.e)	Other serious violations of laws and customs within framework of international law	Methods and means of warfare		Geneva Conventions 1949, PA I, PA II 1977 & CSUNAP, 1994	8° 2.f) – e) applies only if armed conflict is protracted First Time: 2.e) (iii), 2.e) (vi) & 2.e) (vii)	Influenced by C Rights of the Child 8° 2.e) (vii)

N.º 15 — 18 de Janeiro de 2002

DIÁRIO DA REPÚBLICA — I SÉRIE-A

404 405

- a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando:
- i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e
 - ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal;
- b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob à sua autoridade e controlo efectivos, pelo facto de não ter exercido um controlo apropriado sobre esses subordinados, quando:
- i) O superior hierárquico teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;
 - ii) Esses crimes estavam relacionados com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos; e
 - iii) O superior hierárquico não adoptou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Liability exists only if the material elements are committed with intent (vontade) and knowledge (conhecimento)

Material elements	A person has <u>intent</u> where	<u>Knowledge</u>
Conduct	Means to engage in the conduct (quer realizar)	–
Consequence	Means to cause that consequence (quer causar) or is aware that it will occur in the ordinary course of events (sabe que essa consequência terá lugar em condições normais).	A consequence will occur in the ordinary course of events
Circumstance	–	Exists or ↑

Article 30

Mental element

1 — Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.

2 — For the purposes of this article, a person has intent where:

- a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;
- b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.

3 — For the purposes of this article, «knowledge» means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. «Know» and «knowingly» shall be construed accordingly.

Artigo 30.º

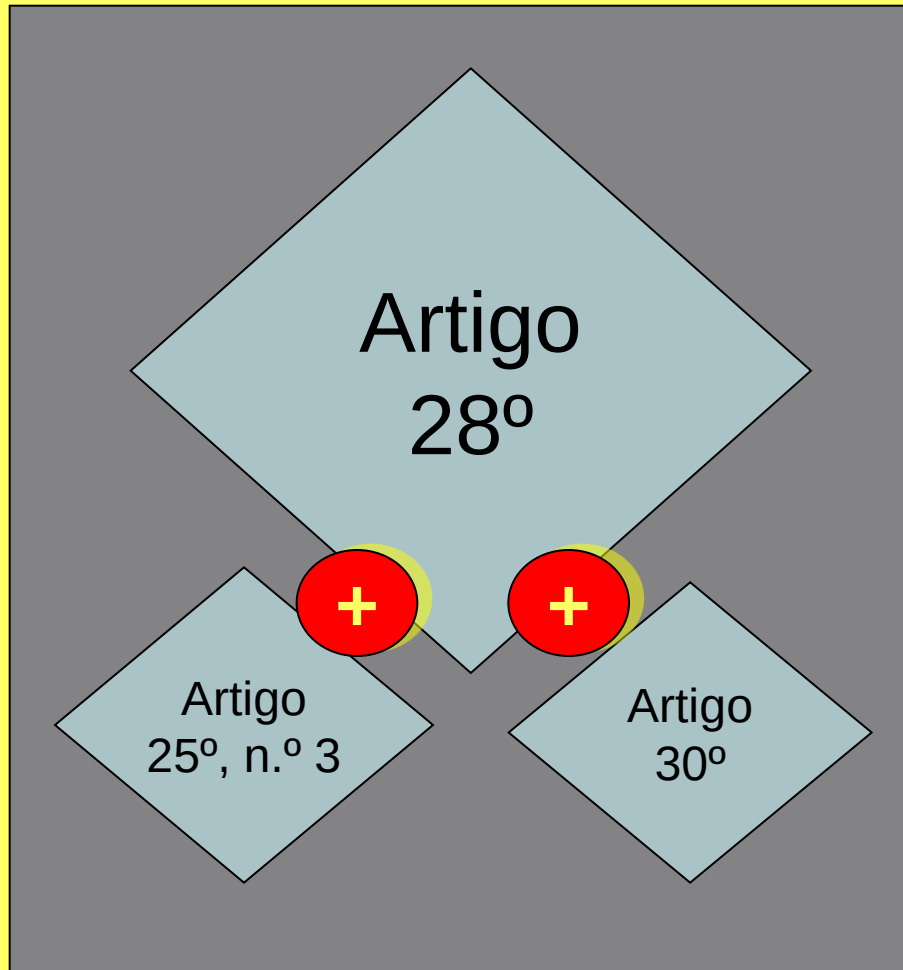
Elementos psicológicos

1 — Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que actue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.

2 — Para os efeitos do presente artigo, entende-se que actua intencionalmente quem:

- a) Relativamente a uma conduta, se se propuser adoptá-la;
- b) Relativamente a um efeito do crime, se se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos.

3 — Nos termos do presente artigo, entende-se por «conhecimento» a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos. As expressões «ter conhecimento» e «com conhecimento» deverão ser entendidas em conformidade.



Article 30º ICC	
Intent (general & specific) Knowledge <i>Dolus directus</i>	Article 28º ICC
	<i>Dolus eventualis</i> Advertent Recklessness
Recklessness Wilful blindness Negligence	



Apêndice 2 – Quadros referidos no Capítulo 4

Artigo 25º

Responsabilidade criminal individual

...

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

...

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

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

ou

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

Circunstâncias que excluem a responsabilidade penal internacional na perspectiva do Estatuto de Roma

Capítulo 4 – Página 40

Theory of Liability

Defences

Defesas

Clássicas
(Não
estatutárias)
n.º 3 do artigo
31º

Necessidade militar

Represálias legais

"Tu quoque"

~~Causas de
justificação ou
de exclusão
da ilicitude~~

~~Causas de desculpa~~

Conceito:
Equilíbrio de
valores centrado
na acção

Acto ilegal
justificado e não
punível

Conceito:
Acção ilegal não
punível devido a
circunstâncias
especiais

Análise centrada
no agente sem
mens rea

Punição legal por crimes de guerra

Não apresentada

Legítima
defesa

Alínea c) n.º 1 do artigo
31º

Falta de autonomia individual

Doença mental ou
insanidade alínea a) n.º 1
do artigo 31º

Intoxicação
Alínea b) n.º 1 do artigo
31º

Inimputabilidade Artigo 26º

Acto da doutrina do Estado

Imunidades artigos 27º + 29º

Ordens superiores
artigo 33º

Estado de necessidade
desculpante - Alínea d) n.º
1 do artigo 31º

Falta de
mens rea

Erro

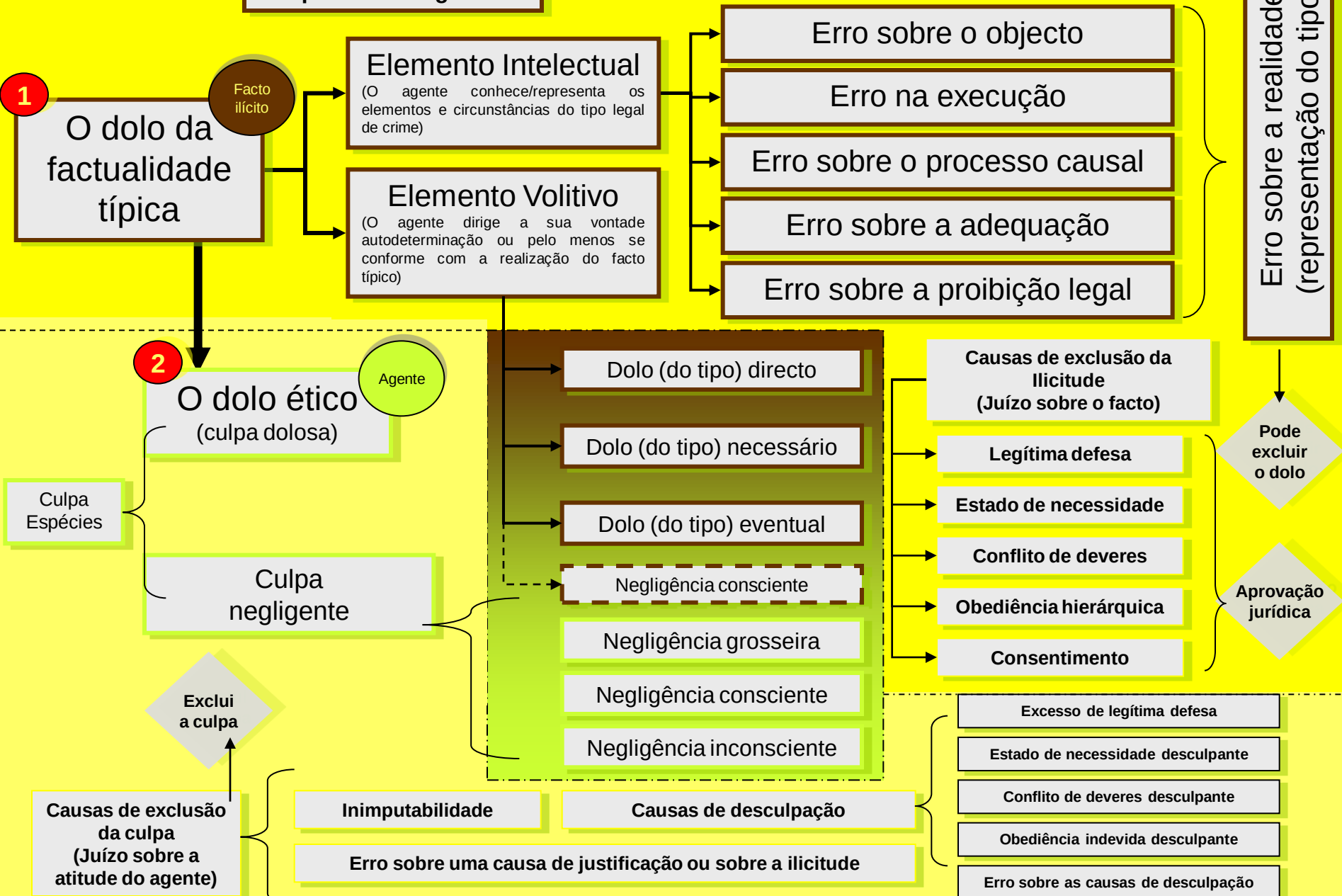
De facto
artigo 32º

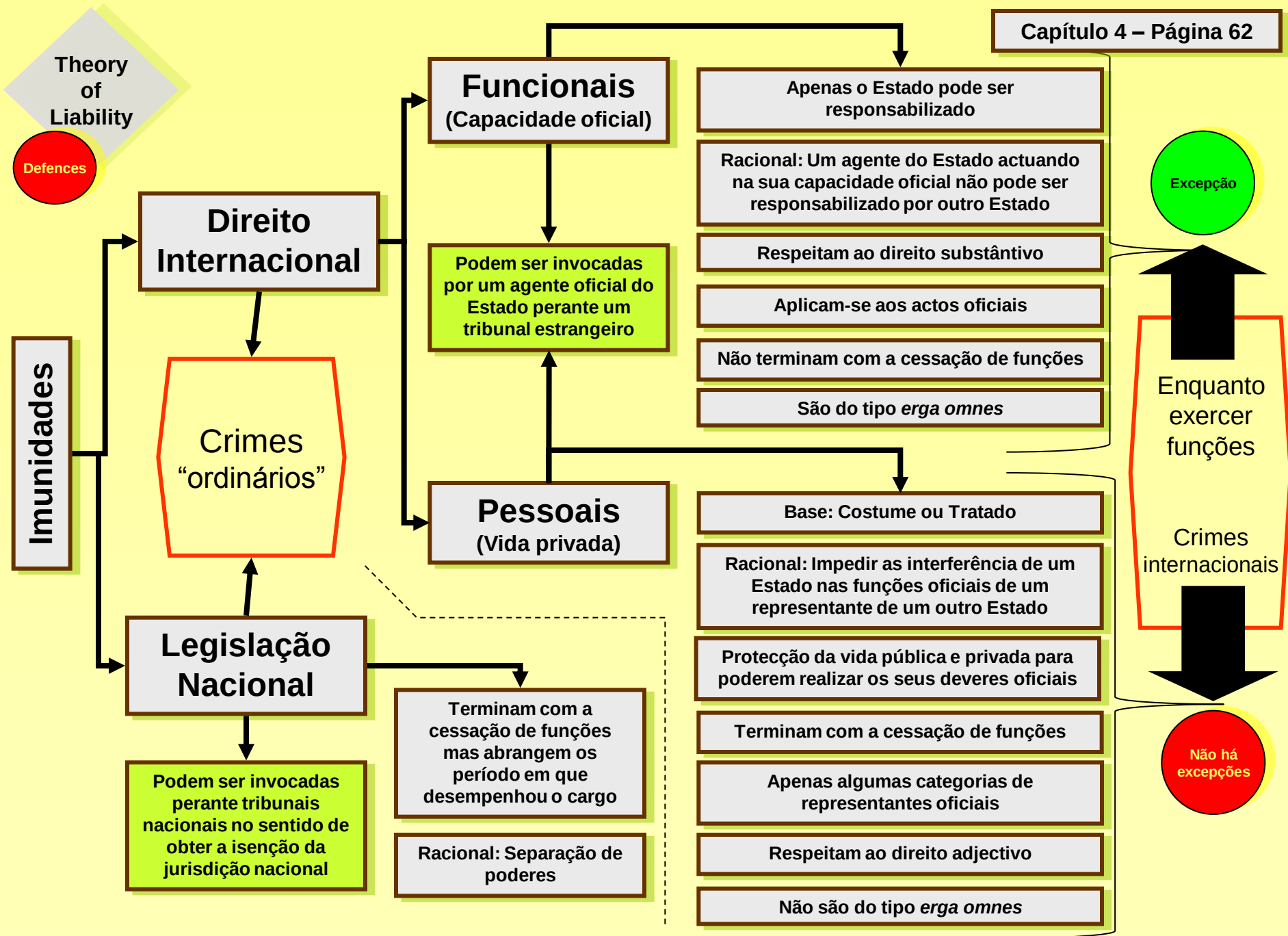
De direito
artigo 32º

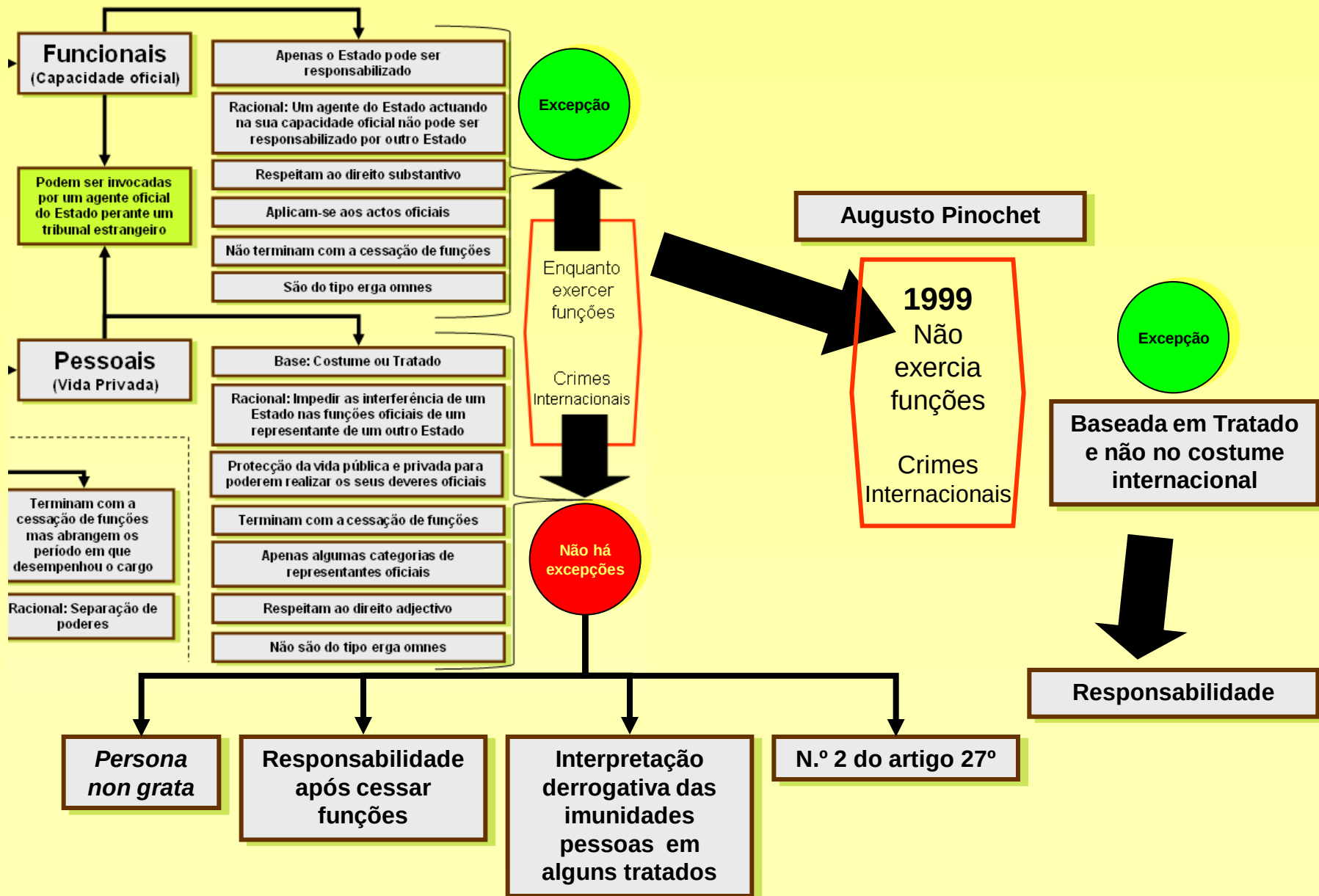
Causas externas

Dupla Perspectiva do "dolo" na ordem jurídica portuguesa

Capítulo 4 – Página 51

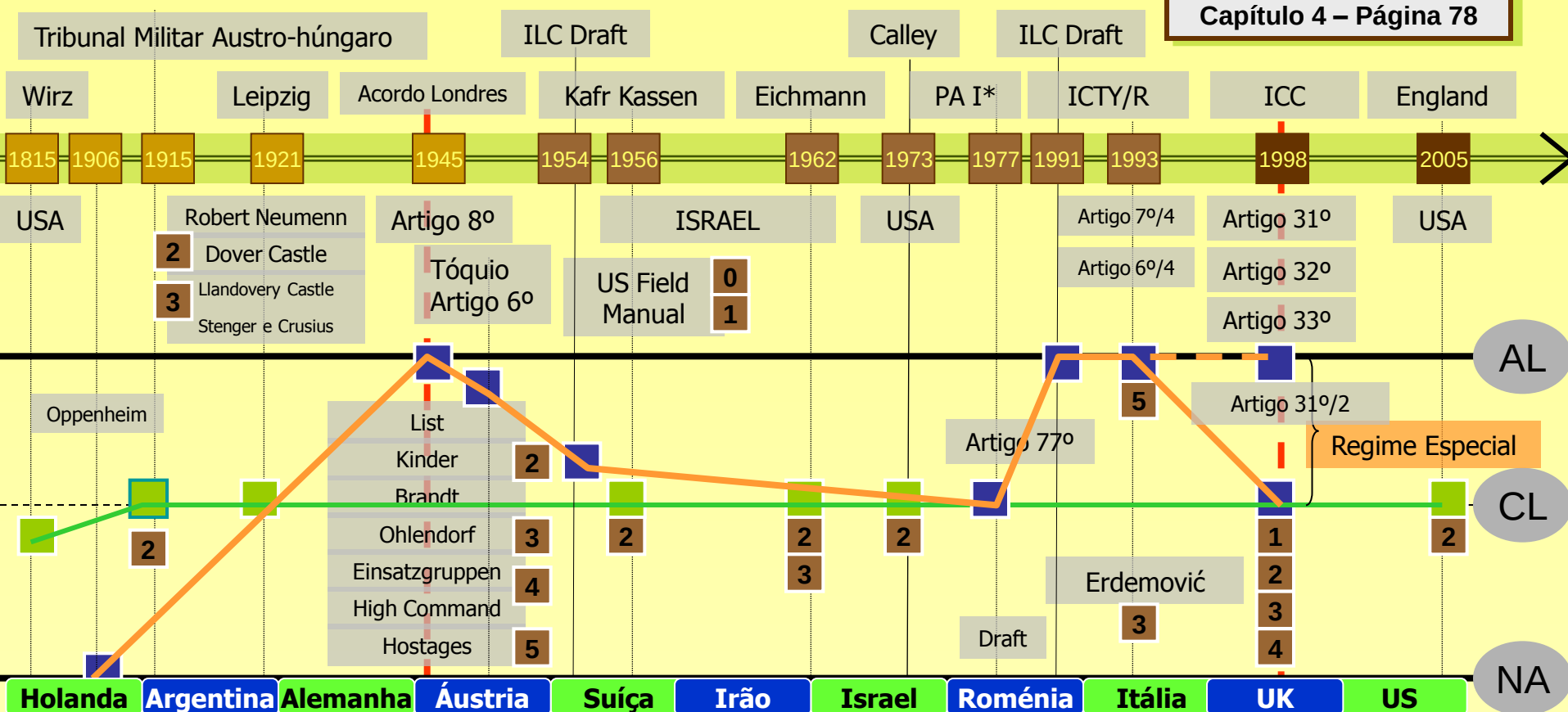






Defesa "obediência a ordens superiores" – Tendências

Capítulo 4 – Página 78



(Paola Gaeta, 1999)

«**Respondeat superior**» (**NEVER ACCOUNTABLE**) - liberta automaticamente o subordinado de qualquer ónus relativo a execução da ordem, imputando toda a eventual responsabilidade criminal para a entidade emissora da ordem.

«**Responsabilidade absoluta**» (**ABSOLUTE LIABILITY**) - no caso da execução da ordem conduzir à prática de um ilícito criminal, o subordinado deverá recusar a obediência, sob pena de assumir automaticamente as consequências penais de tal execução. Os subordinados são sempre responsáveis pelos crimes cometidos no cumprimento de ordens, podendo apenas ser considerado como mitigação da pena.

«**Responsabilidade Condicionada**» (**CONDITIONAL LIABILITY**) - a responsabilidade do subordinado está condicionada aos requisitos definidos e está em regra adoptada pelos sistemas nacionais.

0	Obrigação legal de obediência	3	Compulsão/Dureza
1	Desconhecia a ilegalidade	4	Erro
2	Manifestamente ilegal	5	Mitigação da pena
	National Law		International Law

Defesa e dilemas sobre "obediência a ordens superiores" no ICC

Theory of Liability

Defences

Quadro de apoio não incluído no texto

33º/1, a)

Legal

Cumpre

Não cumpre

Legitimidade Formal

Sim

ORDEM

Dilema 1

Legitimidade material

Não

Ilegal

Dilema 2

Coacção/duress?

Sabia que era ilegal?

33º/1, b)

Manifestamente ilegal?

33º/1, c)

Pensava que era legal (erro)

32º

31º/1, d)

Cumpre

Não cumpre

Cumpre

Não cumpre

Cumpre

Dilema 3

Legal internacional

Ilegal nacional

Não cumpre

Dilema 4

Legal nacional

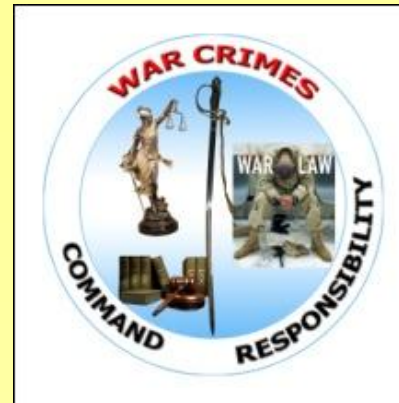
Ilegal internacional

Não cumpre

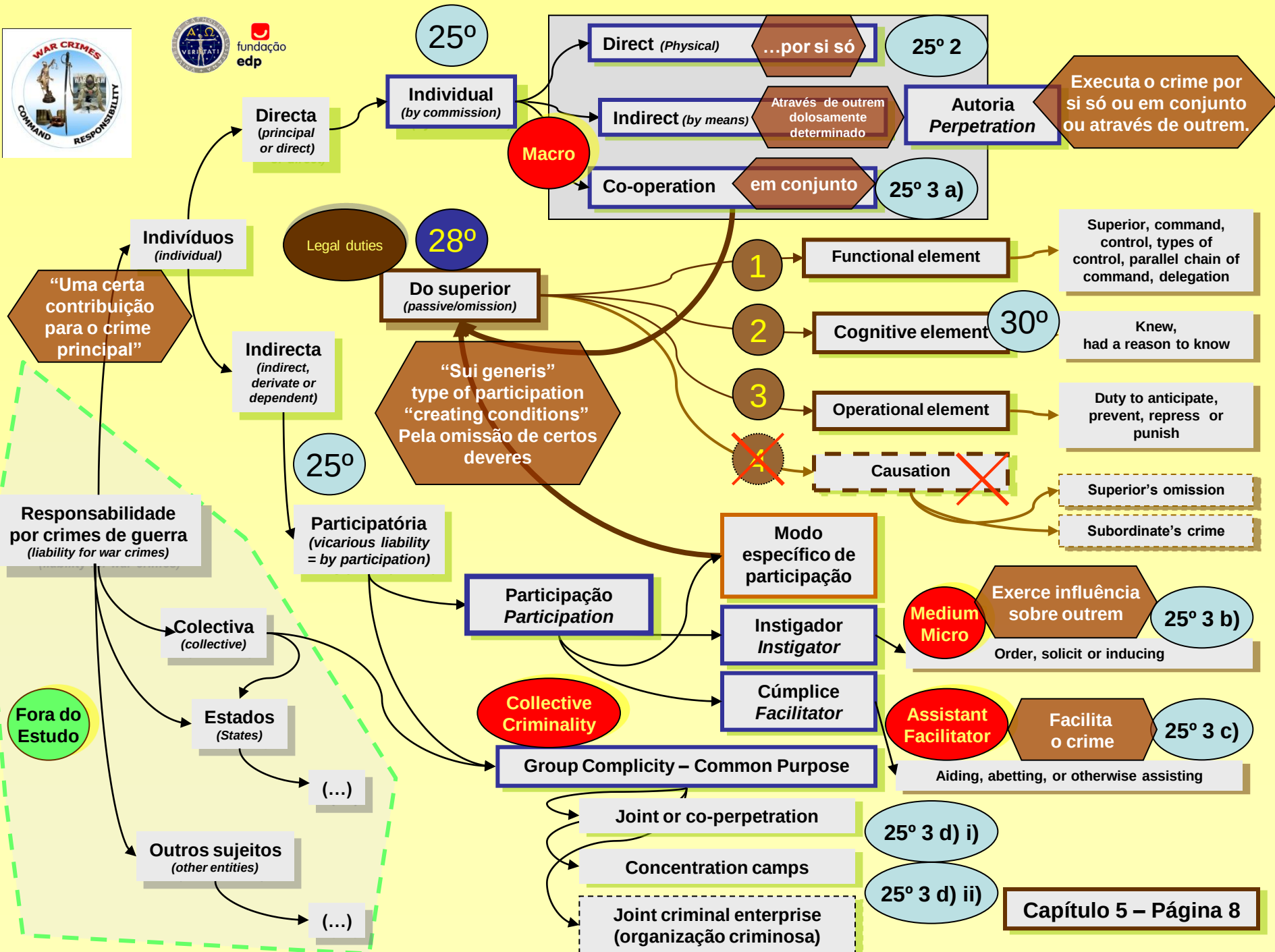
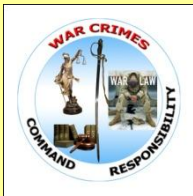
No caso de Estados membros não se colocam

Critérios de determinação da obrigação devida de obediência hierárquica na ordem jurídica portuguesa em tempo de paz, aplicáveis subsidiariamente por força do artigo 8º do Código Penal e do artigo 2º do Código de Justiça Militar (crimes de natureza estritamente militar), a este último (Taipa de Carvalho, p. 265ss).

	Legitimidade Formal	Legitimidade Material	Subordinado
1	Sim	Sim	É devida obediência nos termos do artigo 8º, nºs 2, alínea f) e 8 do Anexo à Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, bem como artigo 348º do Código Penal. Não há, em princípio responsabilidade criminal.
2	Não	Sim	Não é devida obediência. Se o fizer, incorre em responsabilidade criminal (para além do superior).
3	Sim	Não (não sofre de ilegalidade manifesta e não se traduz na execução de um crime)	É devida obediência. Situação de conflito entre obedecer ao superior, obediência essa imposta pela ordem jurídica e não obedecer porque a mesma ordem jurídica considera a ordem ilícita. O critério mais seguro é o do superior hierárquico, com base no princípio da presunção da conformidade do acto ou da legalidade material da ordem.
4	Sim	Não (a sua execução não conduz à prática de um crime, mas é manifesta a sua ilegitimidade)	É devida obediência, se exercido o ónus da respeitosa representação, nos termos do n.º 2 do artigo 271º da CRP e do n.º 2 do artigo 5º do Anexo à Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro.
5	Sim	Não: A execução conduz à prática de um crime, mas a ilicitude é sindicável pelo subordinado	Não é devida obediência, nos termos do n.º 3 do artigo 271º da CRP.
		Não: A execução conduz à prática de um crime, mas a ilicitude não é sindicável pelo subordinado	É devida obediência, pois o subordinado é um mero instrumento. O superior é o único responsável, com base no facto do acto praticado não ser ilícito, pois está justificado, só havendo responsabilidade criminal do superior, que o utiliza como um mero instrumento.



Apêndice 2 – Quadros referidos no Capítulo 5





1

Dever geral controlo (omissão de controlo) - 1ª falha

2

Dever geral de compensar a primeira falha (omissão de reagir) - 2ª falha

2A

Impedir / Prevent

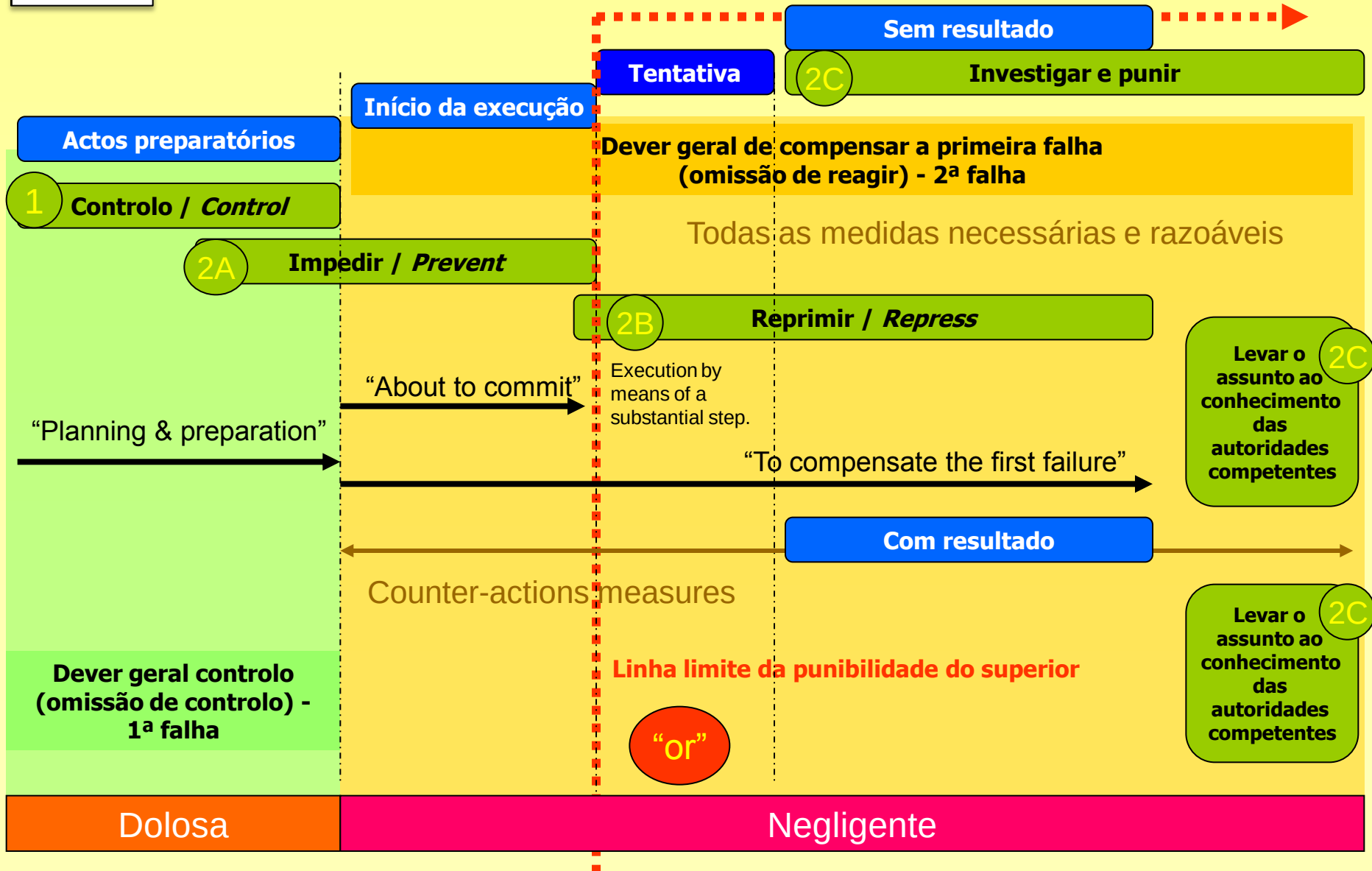
2B

Reprimir / Repress

2C

Investigar e punir

**Levar o assunto ao
conhecimento das
autoridades competentes**



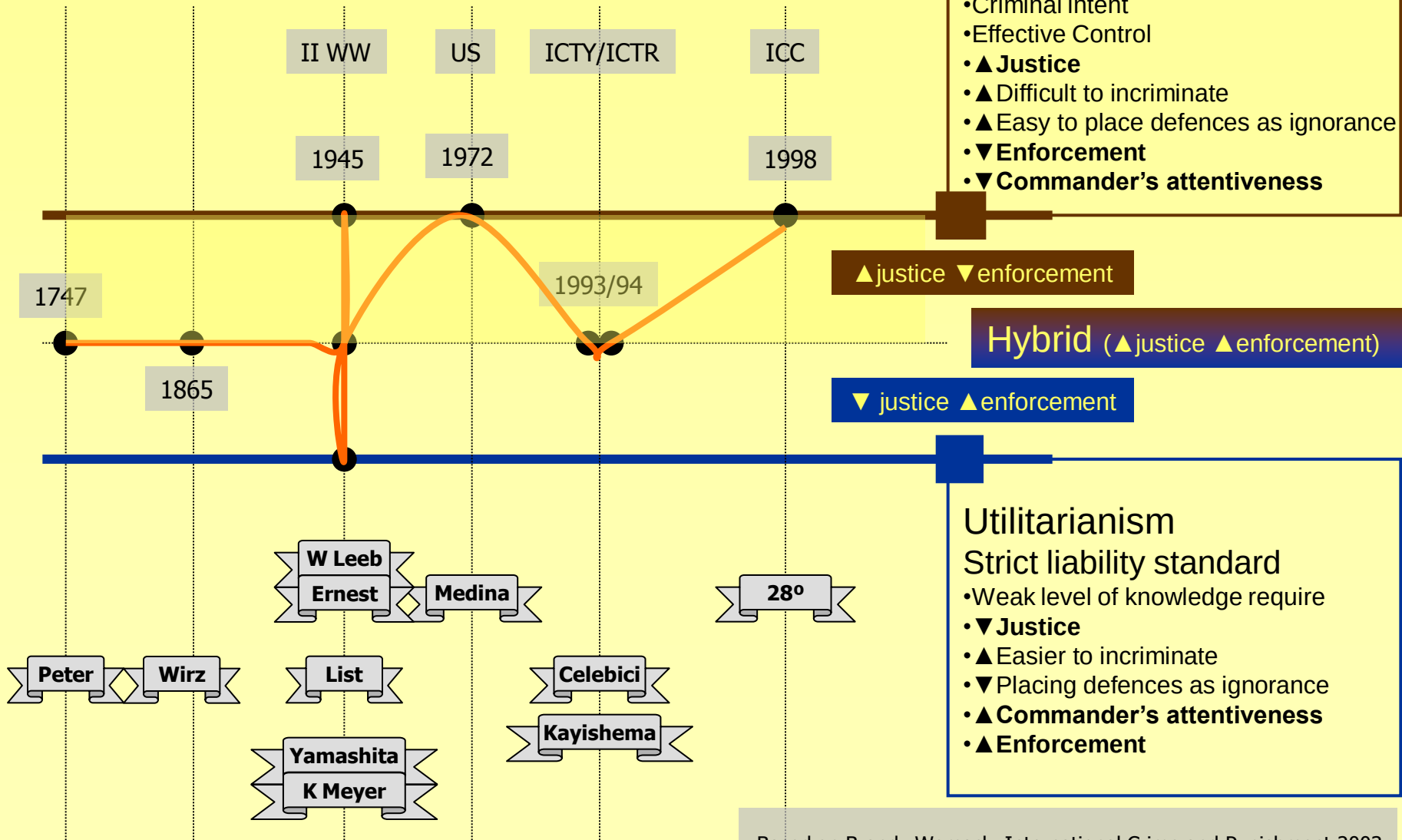


§379. The Prosecution asserts that the requisite *mens rea* under Article 7^o(3) may be established as follows:

- (1) **Actual knowledge** established through direct evidence; or
- (2) **Actual knowledge** established through circumstantial evidence, with a presumption of knowledge where the crimes of subordinates are a matter of public notoriety, are numerous, occur over a prolonged period, or in a wide geographical area; or
- (3) **Wanton disregard of, or failure to obtain, information** of a general nature within the reasonable access of a commander indicating the likelihood of actual or prospective criminal conduct on the part of his subordinates.

Mens rea requirement timeline (trend)

Capítulo 5 – Página 44





Zenjl Delalič ICTY, IT-96-21-A

Appeal 20thFeb2001

Trial Quoting 1998

**Loose
Liability**

§223. The Trial Chamber held that a superior:[...] may possess the mens rea for command responsibility where: ... or (2) where he had in his possession information of a nature, which at the least, would put him on notice of the risk of such offences by indicating the need for additional investigation in order to ascertain whether such crimes were committed or were about to be committed by his subordinates.

Conhecimento relativo, incompleto (*lenient*) - Só há dever de proactividade perante a informação disponibilizada

Appeal 20thFeb2001

**Loose
Liability**

§241. For the foregoing reasons, this ground of appeal is dismissed. The Appeals Chamber upholds the interpretation given by the Trial Chamber to the standard “had reason to know”, that is, a superior will be criminally responsible through the principles of superior responsibility only if information was available to him which would have put him on notice of offences committed by subordinates. This is consistent with the customary law standard of mens rea as existing at the time of the offences charged in the Indictment.

Conhecimento relativo, incompleto (*lenient*) - Só há dever de proactividade perante a informação disponibilizada



Tihomir Blaškić, ICTY IT-95-14-A

Trial 3rd March 2000

Strict
Liability

§332. In conclusion, the Trial Chamber finds that if a commander has exercised due diligence in the fulfilment of his duties yet lacks knowledge that crimes are about to be or have been committed, such lack of knowledge cannot be held against him. However, taking into account his particular position of command and the circumstances prevailing at the time, such ignorance cannot be a defence where the absence of knowledge is the result of negligence in the discharge of his duties: this commander had reason to know within the meaning of the Statute.

Conhecimento absoluto, estrito, completo (*strict liability*) –
Dever de proactividade constante

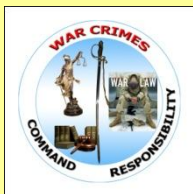
Appeal 29th July 2004

Loose
Liability

§62. The Appeals Chamber considers that the Celebići Appeal Judgement has settled the issue of the interpretation of the standard of “had reason to know.” In that judgement, the Appeals Chamber stated that “a superior will be criminally responsible through the principles of superior responsibility only if information was available to him which would have put him on notice of offences committed by subordinates. §63. The Appeals Chamber expressly endorses this view.

Conhecimento relativo, incompleto (*lenient liability*) - Só há dever de
proactividade perante a informação disponibilizada

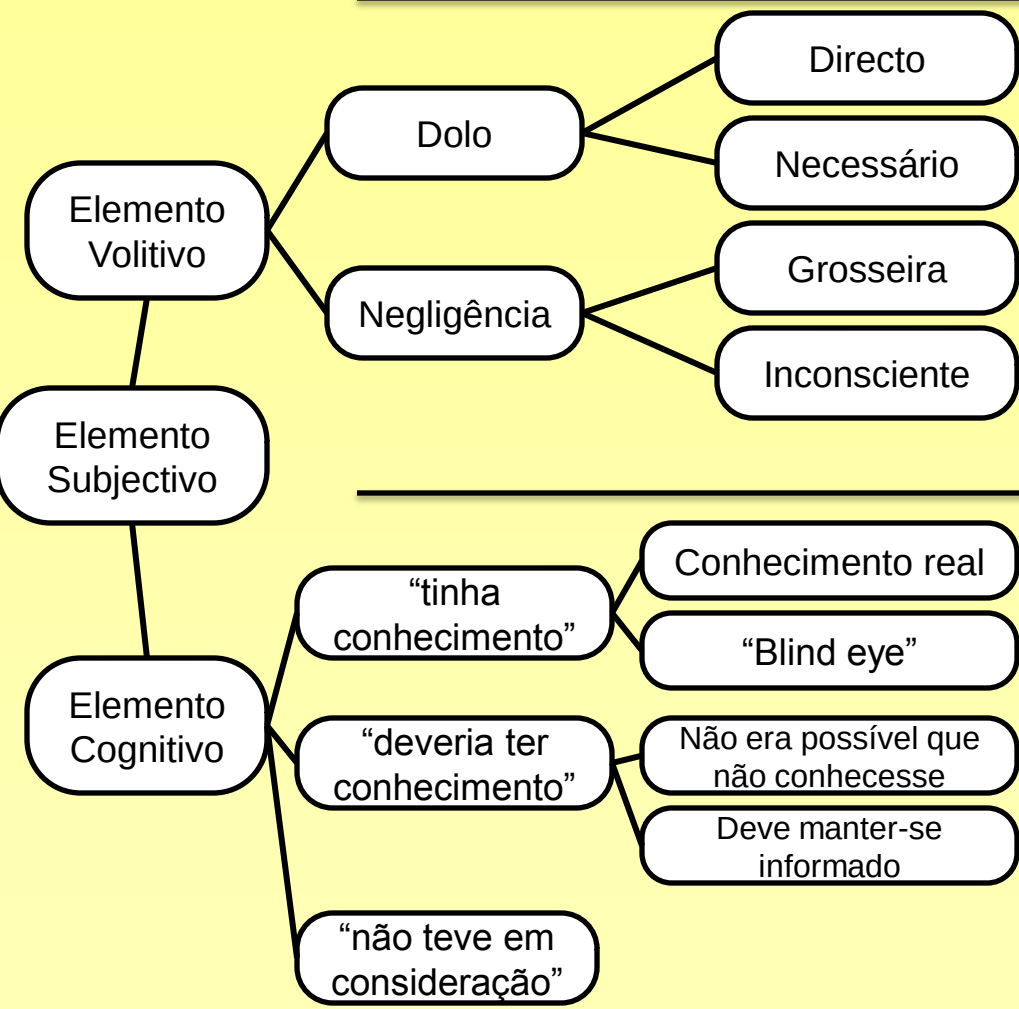
		Caso	Evolução do Elemento Subjectivo	Capítulo 5 – Página 47
US	Yamashita	"Acções em larga escala, graves, extensas e continuadas... deveria ter sabido."	Conhecimento (re)construído em sentido absoluto	
Nuremberga	Hostages	"O comandante tem o dever de se manter informado."	<i>Dever de conhecer</i>	
	High Command	"Falha em se manter informado."		
PA I	Artigo 86º, n.º 2	"Sabia... possuía informação que permitia concluir".	<i>Conhecimento real e conhecimento (re)construído em sentido relativo</i>	
SG	Report, 1993	"Negligência criminal...".	<i>Existem elementos volitivos</i>	
UN	Commission of experts, 1994	"Conhecimento actual... falha pessoal... imputação do conhecimento construído".	<i>Conhecimento real e conhecimento (re)construído ... dever de conhecer</i>	
ICTR	Artigo 6º, n.º 3	"Sabia ou tinha motivos para saber/knew or had a reason to know".	<i>Conhecimento real e conhecimento (re)construído</i>	
	Jean-Paul Akayesu	"Intenção criminosa... pelo menos negligência".	<i>Existem elementos volitivos</i>	
ICTY	Artigo 7º, n.º 3	"Sabia ou tinha motivos para saber/knew or had a reason to know".	<i>Conhecimento real e conhecimento (re)construído</i>	
	Zejnir Delalić	"Militares e civis... possuidores de relações hierárquicas".	<i>Militares e civis</i>	
	Tihomir Blaškić	"A ausência de conhecimento resulta da negligência".	<i>Existem elementos volitivos</i>	
Estatuto de Roma	Artigo 28º a) i) (Comandantes)	... tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento... knew or should have known...	<i>Conhecimento real conhecimento reconstruído (dever activo de conhecer)</i>	
	Artigo 28º b) i) (Todos os outros superiores)	... teve conhecimento ou não teve em consideração a informação... knew or consciously disregarded information...	<i>Conhecimento real conhecimento reconstruído em sentido relativo e limitado à actividades sob a sua responsabilidade</i>	



Elementos Subjectivos do artigo 28º do Estatuto do TPI

Capítulo 5 – Página 48

28º a) “Dever 1”	28º a) ii) “Dever 2”	28ºb) iii) “Dever 2”	28º a) ii) e b) iii) “Dever 3”
X			
X			
	X	X	X
	X	X	XX
X	X	X	XX
X			
	X		X
	X		X
		X	X



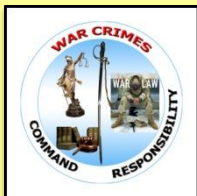
* Dá origem à designada “Strict liability”

** Dá origem à designada “Loose liability”



Liability exists only if the material elements are committed with intent (vontade) and knowledge (conhecimento)

Material elements	A person has <u>intent</u> where	<u>Knowledge</u>
Conduct	Means to engage in the conduct (quer realizar)	–
Consequence	Means to cause that consequence (quer causar) or is aware that it will occur in the ordinary course of events (sabe que essa consequência terá lugar em condições normais).	A consequence will occur in the ordinary course of events
Circumstance	–	Exists or ↑



Mens Rea – Elementos subjectivos

Capítulo 5 – Página 52

“The first failure”

Dever
nº 1

Article 30º
Nothing is otherwise provided

Intent
Knowledge

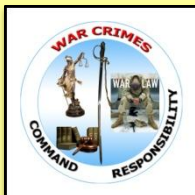
Dolo
Necessário

Elemento Cognitivo - Conhece

Elemento Volitivo – Aceita o resultado
que se produzirá necessariamente

a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando:

Material elements	A person has <u>intent</u> where	<u>Knowledge</u>
Conduct Não exerceu um controlo apropriado	Sim	–
Consequence Crimes da competência do tribunal	Sim (sabe que essa consequência terá lugar em condições normais)	–
Circumstance O chefe militar/dever de controlo	–	Sim



“The second failure”

Neg
Consciente

Elemento cognitivo - Conhece

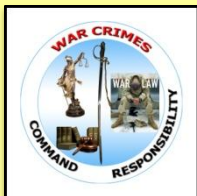
Neg
Inconsciente

Elemento volitivo – Não quer
convença-se que não vai acontecer (risco)

1 i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

2 3 i) O superior hierárquico teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

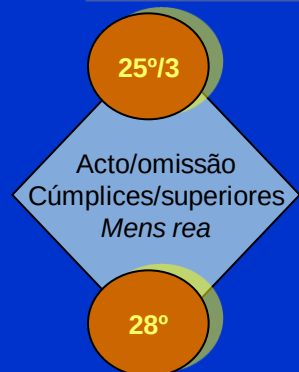
Material elements	A person has <u>intent</u> where	<u>Knowledge</u>
Conduct Impedir ou reprimir	-	-
Consequence Crimes da competência do tribunal	-	Sim
Circumstance O chefe militar/o superior hierárquico ... comissão dos crimes pelos subordinados	-	Sim



Mens Rea – Elementos subjectivos

Capítulo 5 – Página 54

“The first failure” – “willful blindness”, “silent toleration” or “clean hands policy”



Elemento cognitivo - Conhece

Apoio moral aos subordinados
Elemento volitivo – quer o resultado

Cria a convicção que estão autorizados
Cria condições para a conduta

a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando:

Material elements	A person has <u>intent</u> where	<u>Knowledge</u>
Conduct Não exerceu um controlo apropriado	Sim	-
Consequence Crimes da competência do tribunal	Sim	-
Circumstance O chefe militar	-	Sim



Elemento Subjectivo do artigo 28º (Componente Cognitiva) (I)



fundação
edp

Article 28

Responsibility of commanders and other superiors

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

1) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

a) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and

2) a) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;

Tinha conhecimento (sabia)

Real, efectivo, directo e demonstrável

1

n.º 2 art. 86º PAI, n.º 3 art. 7º ICTY, n.º 3 art. 6º ICTR

Não tinha conhecimento
(não sabia)

2

Não sabia porque quis
não exercer o controlo
adequado
"willful blindness
-kept a blind eye".
O comandante quer
permanecer ignorante.

Knew

Não sabia porque
não considerou a info
que claramente...

Recklessness Concept

Deveria ter tido conhecimento

(naquelas circunstâncias do momento
seria muito improvável que não soubesse)

Conhecimento reconstruído,
presumido ou inferido através de critérios

Negligence Concept

Absoluto, estrito,
completo, strict

Sempre

Relativo,
incompleto, lenient

A partir da info



Elemento Subjectivo do artigo 28º (Componente Cognitiva) (I)



fundação
edp

Article 28

Responsibility of commanders and other superiors

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

- 1) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

- a) That military commander or person either **knew** or, owing to the circumstances at the time, **should have known** that the forces were committing or about to commit such crimes; and

- 2)
 - a) The superior either **knew**, or **consciously disregarded information** which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;

Tinha conhecimento (sabia)

Real, efectivo, directo e demonstrável

1

n.º 2 art. 86º PAI, n.º 3 art. 7º ICTY, n.º 3 art. 6º ICTR

Não tinha conhecimento
(não sabia)

2

Não sabia porque quis
não exercer o controlo
adequado
“*willful blindness*
-*kept a blind eye*”.
O comandante quer
permanecer ignorante.

Knew

Não sabia porque
não considerou a info
que claramente...

Recklessness Concept

Deveria ter tido conhecimento

(naquelas circunstâncias do momento
seria muito improvável que não soubesse)

Conhecimento reconstruído,
presumido ou inferido através de critérios

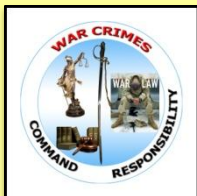
Negligence Concept

Absoluto, estrito,
completo, *strict*

Sempre

Relativo,
incompleto, *lenient*

A partir da info



ICTR (1994)		Updated Statute of the ICTY (2008)		ICC (1998)	
Article 6º (3)	The fact that any of the acts referred to in articles 2º to 4º of the present Statute was committed <u>by a subordinate</u> does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or <u>had reason to know</u> that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.	Article 7º (3)	The fact that any of the acts referred to in articles 2º to 5º of the present Statute was committed <u>by a subordinate</u> does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or <u>had reason to know</u> that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.	Art. 28º (1) a)	That military commander or person either knew or, <u>owing to the circumstances</u> at the time, <u>should have known</u> that the forces were committing or about to commit such crimes.
				Art. 28º (2) a)	The superior either knew or, <u>conscientiously disregarded</u> information which clearly indicate, that the subordinates were committing or about to commit such crimes.



Elemento Subjectivo do artigo 28º (Componente Cognitiva) (II)



fundação
edp

Capítulo 5 – Página 61

Article 28

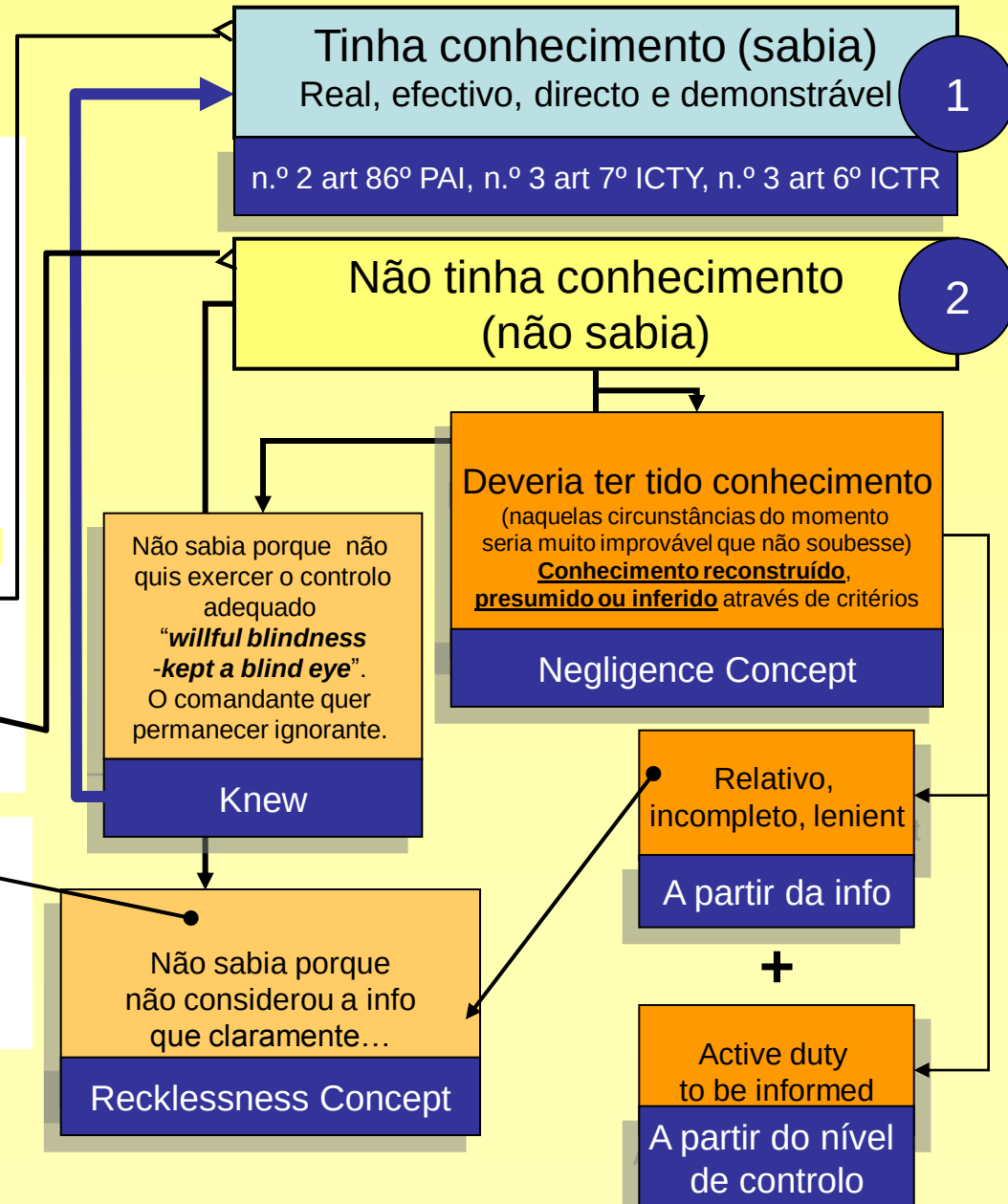
Responsibility of commanders and other superiors

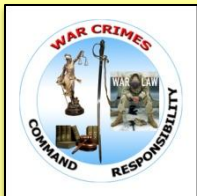
In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

1) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

a) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and

2) a) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;





Article 28

Responsibility of commanders and other superiors

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

- 1) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:
 - a) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and
 - b) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution;

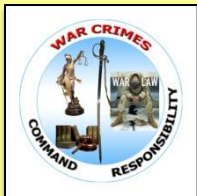
Artigo 28.º

Responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos

Para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

- a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando:
 - i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e
 - ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal;

Collins Dictionary of English Language (Second edition 1985) p. 1160 “to prevent” – To keep someone from doing something, to hinder or to impede. A melhor tradução quanto a nós será “impedir” e não “prevenir”.



Causation is requirement? (article 28º)

ICTR (1994)		Updated Statute of the ICTY (2008)		ICC (1998)	
Article 6º (3)	The fact that any of the acts referred to in articles 2º to 4º of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she <u>knew</u> or <u>had reason to know</u> that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.	Article 7º (3)	The fact that any of the acts referred to in articles 2º to 5º of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he <u>knew</u> or <u>had reason to know</u> that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.	Art. 28 º (1), a)	That military commander or person either <u>knew</u> or, <u>owing to the circumstances</u> at the time, <u>should have known</u> that the forces were committing or about to commit such crimes
				Art. 28º (2), a)	The superior either <u>knew</u> or, <u>conscientiously disregarded information which</u> clearly indicate, that the subordinates were committing or about to commit such crimes.



Artigo 28º - Mecanismos de activação da responsabilidade

Capítulo 5 – Página 72





Artigo 28º - Um crime de segunda oportunidade





O comandante é responsável pelo quê?

Elementos comuns

- Crime base da jurisdição do tribunal
- Relação de subordinação (controlo efectivo)
- Superior falhou em dolosamente em exercer o controlo

Antes do facto (falha em impedir e reprimir)

"Tinha conhecimento"

1

O superior será responsabilizado não só pela conduta mas também pelas consequências dos crimes cometidos pelos seus subordinados, tal como um participante é responsável pelo crime do cometido pelo autor principal, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 25º ICC.

Figura próxima da Responsabilidade Participação

"Deveria ter tido conhecimento"

"Não considerou a informação"

2

O superior será responsabilizado pelas consequências dos crimes cometidos pelos seus subordinados (mas não pela conduta dos seus subordinados) e, ainda, pela sua falha negligente em prevenir e reprimir a comissão desses crimes. O subordinado será responsabilizado como autor pela sua conduta dolosa e pelas consequências desta.

Figura próxima do homicídio negligente

Crime base

Depois do facto (falha em submeter o assunto...)

"Tinha conhecimento"

3

Este caso só é relevante se assumirmos que o superior cumpriu com os seus deveres (medidas necessárias e adequadas), pois caso contrário aplicar-se caso 1 ou 2. Todavia, o superior não sabia que o crime foi mesmo assim cometido e só veio a saber depois da sua comissão. Neste caso o superior será responsabilizado apenas pela sua falha em submeter o assunto.

Responsabilidade por esta omissão

"Deveria ter tido conhecimento"

"Não considerou a informação"

4

Este caso só é relevante se assumirmos que o superior cumpriu com os seus deveres (medidas necessárias e adequadas) pois, caso contrário, aplica-se caso 1 ou 2. Todavia, o superior não sabia que o crime foi mesmo assim cometido nem veio a saber depois da sua comissão. Neste caso, o superior será responsabilizado apenas pela sua falha em submeter o assunto.

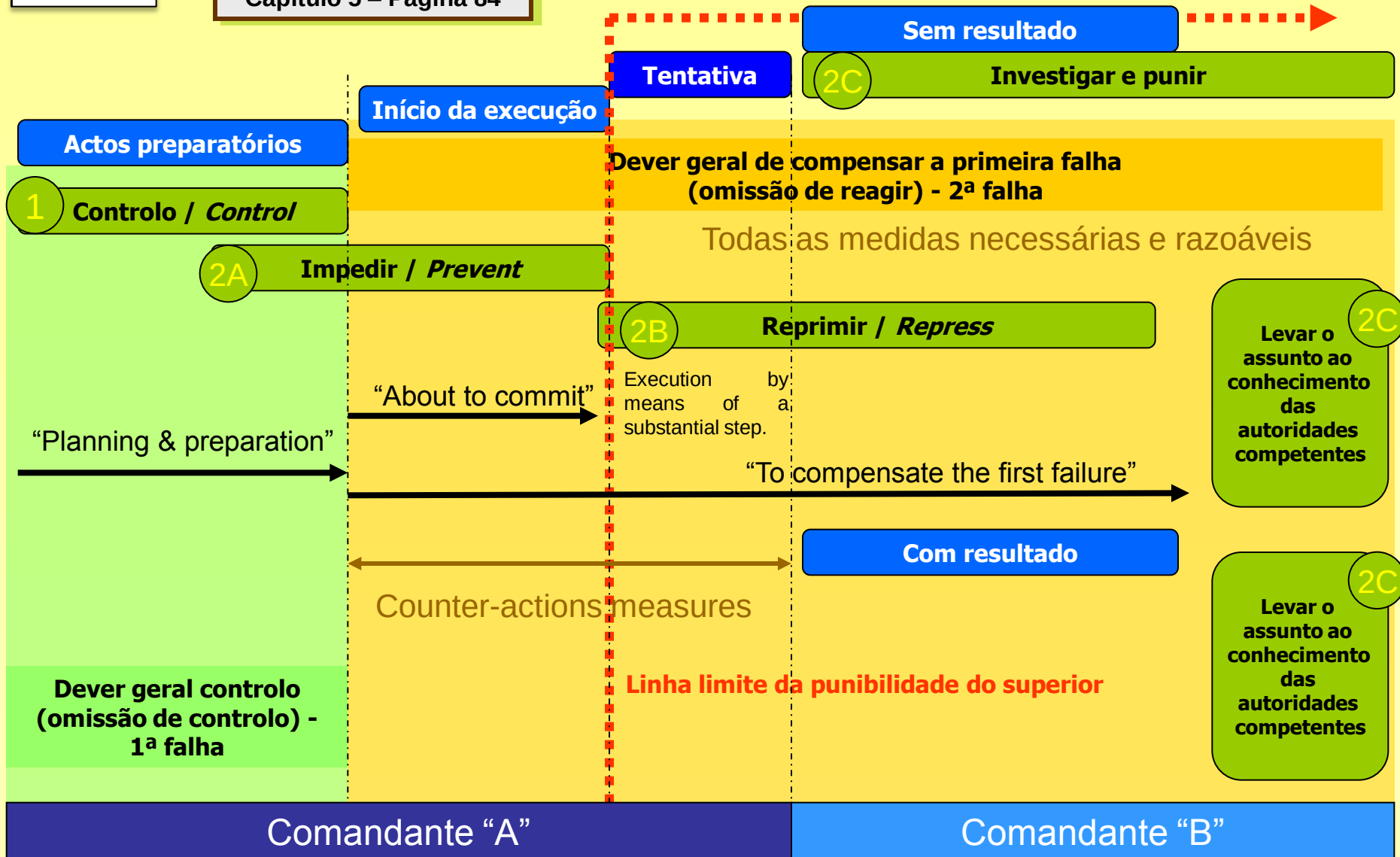
Responsabilidade atenuada por esta omissão



Responsabilidade de comando por crimes praticados antes do comandante assumir o comando



Capítulo 5 – Página 84



Montecassino, 15 Fevereiro de 1944

Mar Adriático

Capítulo 5 – Página 86

Linha Gustav

36 Div US

Abadia Monte Cassino

4 Div Indiana

Gen (FRA)
JUIN

Estrada nº 6
(Vale do Liri)

8 UK

FEC

Gen (UK)
Harold Alexander

5 US

Gen (US)
Mark Clark

Gen (US)
Keyes

Gen (NZ)
Freyberg

Gen (US)
Mc Creery

10 US

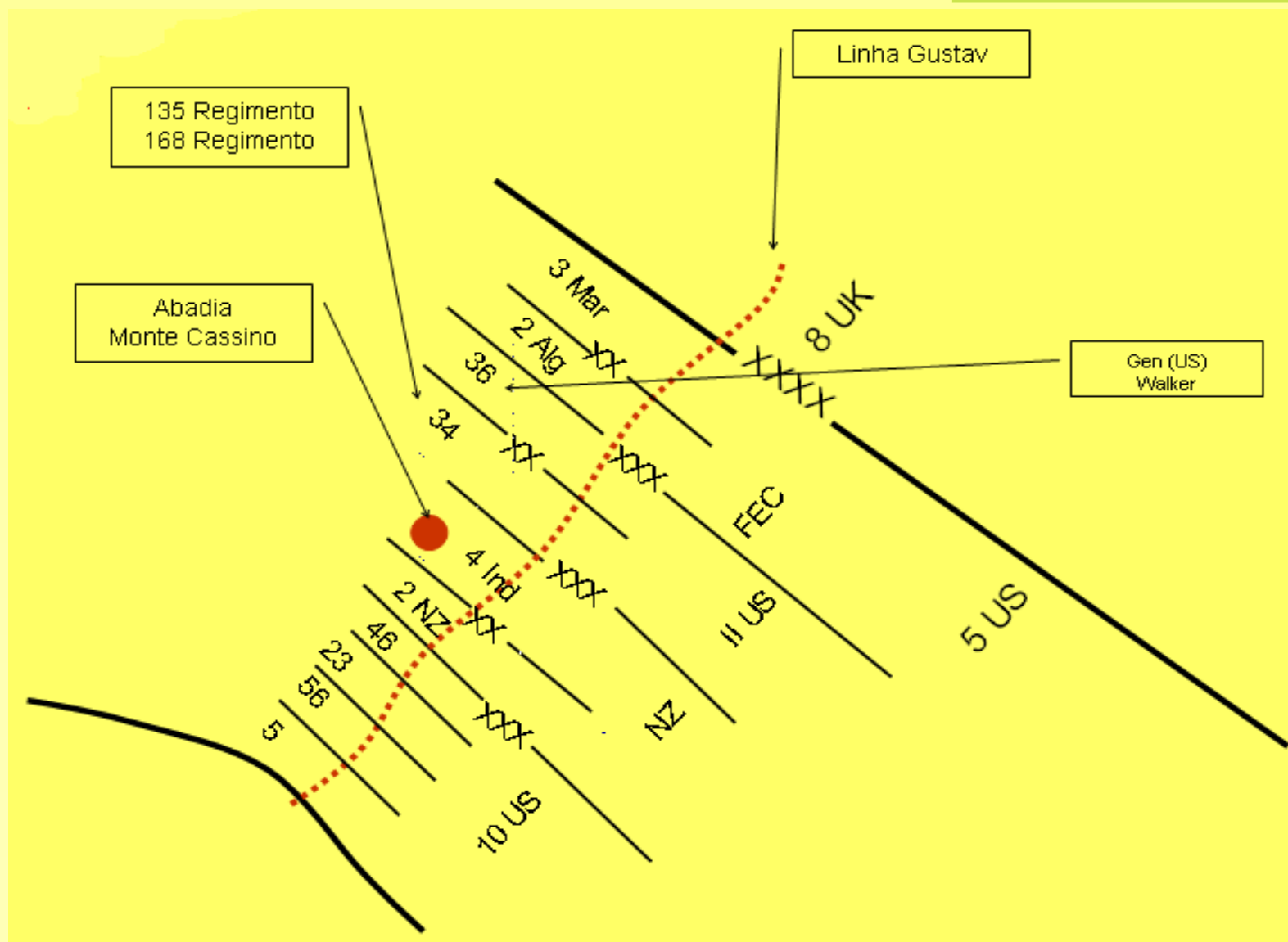
11 US

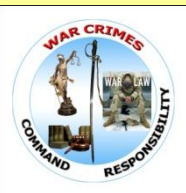
NZ

Mar Mediterrâneo



Montecassino, 15th February 1944



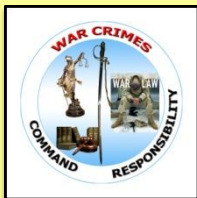


Comparação entre os crimes Associação Criminosa e Responsabilidade de Comando



Capítulo 5 – Página 98

	Associação Criminosa	Responsabilidade de Comando
Objectivo	Participação num plano de acção para a realização de um acto criminoso... Produção de um outro acto criminoso por outros agentes que não o arguido, fora do plano, como uma consequência previsível como efeito do plano de acção criminoso.	... pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças ... não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes..... Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes..... crimes da competência do tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando .
Subjectivo	Intenção de tomar parte no plano de acção... Partilha da intenção de um plano de acção para a realização de um acto criminoso... antevisão da possibilidade de outros praticarem crimes fora do plano inicial, mas como uma consequência natural e previsível deste mesmo plano criminoso.	O superior viola dolosamente o dever de controlo e... tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento ... mas não partilha o elemento subjectivo do crime do subordinado.
Comuns	Uma forma de responsabilidade por actos criminosos cujo agente não tem uma intenção directa em produzir. Todavia, a negligência grosseira (quando muito o dolo eventual) basta para a responsabilização, uma vez consciente sobre uma consequência necessária da sua participação/omissão, o agente decide não alterar a sua conduta.	



A responsabilidade dos superiores não militares nos termos do artigo 28º do Estatuto de Roma

Capítulo 5 – Página 100

N.º 15 – 18 de Janeiro de 2002

DIÁRIO DA REPÚBLICA — I SÉRIE-A

404 405

a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando:

- i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e
- ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal;

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob à sua autoridade e controlo efectivos, pelo facto de não ter exercido um controlo apropriado sobre esses subordinados, quando:

- i) O superior hierárquico teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;
- ii) Esses crimes estavam relacionados com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos; e
- iii) O superior hierárquico não adoptou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Estatuto jurídico dos indivíduos em conflitos armados internacionais

Combatentes	legítimos (lawful combatants) PA I, artigos 43º, 44º & 5º II CG, artigo 4º	Regulares III CG, artigo 4º	Pessoas que fazem parte de exércitos regulares, segundo as regras de cada Estado. <u>Critérios de elegibilidade</u> - artigo 4º - 2 a) Ter no comando uma autoridade legítima responsável pelos seus subordinados (hierarquia e disciplina); b) Ter um sinal distinto fixo que se reconheça à distância (uniforme); c) Usarem as armas à vista; d) Respeitarem as leis e usos de guerra. Em caso de captura gozam do Estatuto de POW.	
		Anómalos (População civil " <i>hors de combat/levée en masse</i> ", paramilitares) I & II CG, artigo 13º, 6) III CG, artigo 4º, 6)	Também designados por combatentes circunstanciais, são pessoas que fazem parte da população civil de um território não ocupado que, face à ameaça de um inimigo, pegam espontaneamente em armas, sem qualquer organização militar, transportando armas à vista e respeitando as leis e costumes da guerra. Paramilitares – Um grupo de civis organizados para operar numa determinada área ou para apoiar forças regulares. Podem também ser forças de polícias com especiais tarefas militares, como é o caso da GNR, dos Carabinieri, da Guarda Civil, da Gendarmerie, etc.	Pessoas civis que embora não façam parte dos exércitos regulares são combatentes. Em caso de captura gozam do Estatuto de POW.
		Excepcionais ou privilegiados (Guerrilheiros Partizans & Insurgentes) PA I, nº 3 do artigo 44º	Guerrilheiro é, um combatente civil, sem qualquer distintivo militar, que usa abertamente as suas armas dentro de uma guerrilha, comandado por um chefe (não necessariamente através de um comando centralizado), mais ou menos apoiado pela população civil, utilizando técnicas de guerrilha (combates intermitentes caracterizados por acções pontuais e limitadas no tempo e no espaço) sobre um inimigo presente no seu território. Kenneth Watkin em "Humans in the cross-hairs: targeting and assassination in contemporary conflicts" p. 161" considera que os insurgentes não são combatentes porque não combatem sob as ordens de uma autoridade legítima.	
	US Law Dictionary (http://www.uslaw.com/us-law-dictionary/i/Insurgent): "There are no universally accepted definitions of insurgency . The common concept, in a wide range of definitions, is that it involves a desire for political power, achieved through means illegal under the rules of the existing government."	Forças de apoio à paz (Capítulo VII CNU)	Ao actuarem sob mandato internacional estas forças detêm um estatuto especial no sentido em que não podendo ser classificadas como verdadeiros combatentes nos termos do artigo 43º do PA I uma vez que, por definição, não são num conflito. Todavia, nas missões de «peace enforcement» podem conduzir operações ofensivas e defensivas nos termos da Lei dos Conflitos Armados.	O seu estatuto jurídico não se encaixa na LOAC, mas no mandato e nas ROE aprovadas.
	Ilegítimos (Combatem de facto mas não têm um estatuto específico) (unlawful or unprivileged combatants)	Espiões, terroristas (?) & sabotadores PA I, artigo 46º, IV CG, artigo 5º	Pessoas cuja actuação clandestina ou sob pretextos falso num conflito armado (diferente de obter informação abertamente sem recorrer a embustes ou disfarces) buscam a obtenção de informação sobre uma parte em conflito para serem transmitidas à outra parte.	Não gozam das garantias conferidas pelo Estatuto de POW, nem do Estatuto de combatentes, embora em caso de captura beneficiem das garantias a que se refere o artigo n.º 75 PA I, caindo na jurisdição da «municipal law» devendo ser tratados como homicidas. Não gozam de qualquer protecção, podendo ser abatidos durante o decurso das operações militares.
		Mercenários PA I, artigo 47º	Pessoas (em princípio estrangeiras) que, mediante uma retribuição essencialmente económica (muito superior à retribuição do exército regular) e desprovidos do elemento espiritual de defesa da Pátria, combatem a favor de uma das partes.	
		Franco-atiradores (Francs tireurs)	Designação usada na Convenção Armistício Franco-alemão de 22 Julho 1940. Pessoas civis que combatem isolada e voluntariamente sem pertencer a qualquer exercito regular. Distinguem-se milícias, corpos voluntários e movimentos resistência que têm carácter combatentes legítimos.	

Estatuto jurídico dos indivíduos em conflitos armados internacionais (LOAC e Internacional Crime Law)						
Pessoal expressamente protegido	Forças de apoio à paz (Capítulo VI CNU)		Ao actuarem sob mandato internacional estas forças detêm um estatuto especial no sentido em que não podendo ser classificadas como verdadeiros combatentes nos termos do artigo 43º do PA I uma vez que, por definição, não são parte num conflito. Todavia, nas missões de «peacekeeping» onde as tarefas são principalmente se monitorização e de presença, podem conduzir acções de legítima defesa nos termos da Lei dos Conflitos Armados.		Não podem constituí-se como objectivos militares legítimos, nem os seus militares podem ser capturados no sentido de se constituírem POW. Logo que detidos, devem ser entregues à autoridade nacional competente. As acções de legítima defesa estão fora do âmbito da LOAC mas de acordo com as ROE aprovadas pelo Conselho de Segurança (Elis van Sliedregt, p. 255)	
	Feridos, náufragos, doentes e pessoal em «distress» artigos 12ºss I e II CG; PA I artigo 8º		Pessoas, combatentes ou não, incapazes de participar nas hostilidades e/OU a precisar de cuidados médicos encontram-se protegidos contra os efeitos perigosos das operações militares			
	Pessoal afecto serviço sanitário e religioso artigos 24ºss I CG; artigos 35ºss II CG artigos 13º a 22º IV CG; PA I artigos 8º e 15ºss		Artigo 3º do anexo à Convenção de Haia de 1907 – As forças armadas das partes beligerantes podem ser compostas por combatentes e não combatentes. No caso de captura pelo inimigo, ambos têm direito a serem tratados de acordo com o Estatuto de POW, estando o pessoal do serviço sanitário e religioso especialmente protegido das acções bélicas. As indústrias de defesa são organizações de natureza comercial (e não de combate) de fornecimento de bens e prestação de serviços, segunda as regras do comercio e do Estado onde estão registadas. Todavia, no caso em que estas detêm uma contribuição fundamental para o esforço de guerra, podem constituir-se objectivos militares legítimos, correndo os seus trabalhadores civis/não combatentes o risco da sua presença em tais instalações (artigo 2º HC, 1907 e artigos 50º-52º PA I)		Não são civis porque podem fazer parte de exércitos regulares, mas não são combatentes porque a sua missão não é combater. No caso das DI o pessoal está protegido do individual targeting.	
	"Quasi-Combatants"	Trabalhadores das indústrias de defesa (DI) e pessoal auxiliar dos exércitos regulares				
	Pessoal afecto à defesa civil PA I, artigos 61ºss		Embora sujeito às restrições impostas pela necessidade militar, goza da protecção concedida aos não combatentes em geral.			
	Pessoal afecto ao património cultural PA I, artigo 53º		Embora sujeito às restrições impostas pela necessidade militar, segue o regime previsto pela Convention on Protection of Cultural Property (1954)			
	Prisioneiros de Guerra (POW)		Combatentes regulares a quem se aplicam as regras da III CG e as relativas ao PA I		Regime extensivo às categorias equiparadas	
	Não-combatentes considerando ainda o artigo 4º IV CG (estrangeiros)		PA I, artigos 48ºss – As operações militares devem restringir-se a objectivos militares e estes gozam de protecção contra os efeitos das operações militares.			
Outros	Empresas de segurança privada (SPC)	Podem ser definidas como organizações de natureza comercial, constituídas de acordo com as regras que regulam as sociedades comerciais de um Estado e cujo objecto é o fornecimento de serviços de segurança a entidades nacionais e não nacionais, dentro e fora do território do Estado em que estão registadas. São para todos os efeitos constituídas por pessoal que goza da protecção geral atribuída aos não combatentes.				
	Empresas militares privadas (PMC)	Legalmente constituídas apenas numa minoria de Estados carecem de regulamentação internacional específica. Todavia, tendo em atenção que as tarefas desempenhadas podem dar um contributo directo e efectivo para as operações militares, pelo que o seu estatuto deve aproximar-se dos combatentes excepcionais ou privilegiados.				



Apêndice 2 – Quadros referidos no Capítulo 6

**Cronologia do processo de conclusão do
Tratado Internacional – Estatuto de Roma**

- Data de conclusão da negociação: **17 de Julho de 1998;**
- Data do pedido do Ministério dos Negócios Estrangeiros à Procuradoria Geral da República para tradução da versão original: 2 de Maio de 2000;
- Data do Parecer da Procuradoria Geral da República que aprovou a tradução: 9 de Junho de 2000;
- Data de aprovação pela Assembleia da República Portuguesa para ratificação: 20 de Dezembro de 2001;
- Data de publicação em Diário da República da aprovação pela Assembleia da República Portuguesa para ratificação: 18 de Janeiro de 2002 (Publicado na página 362 Diário da República I Série-A, n.º15, de 18-01-2002);
- Data da ratificação pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002 em 7 de Janeiro de 2002 (Publicado na página 362 do Diário da República I Série-A, n.º 15, de 18 de Janeiro de 2002);
- Data de depósito de instrumento de ratificação: 5 de Fevereiro de 2002;
- Data de início de vigência relativamente a Portugal: **1 de Julho de 2002;**
- Data de início da vigência internacional: **1 de Julho de 2002.**

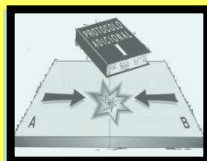
**Instrumentos que desenvolvem
a sua implementação**

- Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho, adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal, tipificando as condutas que constituem crime de violação do direito internacional humanitário (17.ª Alteração ao Código Penal);
- Acordo sobre os Privilégios e Imunidades do Tribunal Penal Internacional (Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 42/2007);
- Aviso n.º 20/2002, de 14/03/2002 - Torna público o depósito do instrumento de ratificação;
- Aviso n.º 37/2002, de 09/05/2002; Aviso n.º 105/2002, de 25/11/2002 - Torna pública a lista dos Estados Parte do Estatuto.

War Crimes article 8º ICC (not an open formula as ICTY and ICTR)

Capítulo 3 – Página 59

Capítulo 6 – Página 04



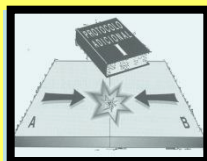
**Customary
Law**

**GC
1949**

**UNIVERSAL
JURISDICTION**

**Stringent
Obligations**

n.º 2 a)
Grave Breaches



**HR, IV
1907**

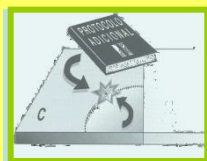
**CSUNAP,
1994
PA I, 1977**

**INTERNATIONAL
NATIONAL
JURISDICTION**

**85º
PA I**

H Rights

n.º 2 b)
Serious Violations

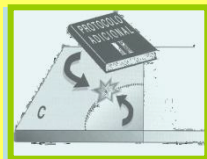


**Common
Article 3º
GC, 1949**

**INTERNATIONAL
NATIONAL
JURISDICTION**

**4º
APII**

n.º 2 c)
Serious Violations



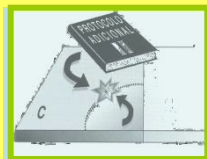
**GC
1949**

**CSUNAP,
1994
PA I II, 1977**

**INTERNATIONAL
NATIONAL
JURISDICTION**

H Rights

n.º 2 e) Other
Serious Violations



**INTERNATIONAL
NATIONAL
JURISDICTION**

PROTRACTED

n.º 2 f)

International Crime Court (war crimes are not an open formula)					Incorporation		Observations
International armed conflict	8° 2.a)	Grave breaches of Geneva Conventions	Protection of people Protection of property	Belonging to enemy state	Articles 49° (I), 50° (II), 129° (III) and 146° (IV) from Geneva Conventions, 1949 Recalls Article 2° of ICTY		Universal Jurisdiction
	8° 2.b)	Other serious violations of laws and customs within framework of international law	Methods and means of warfare		IV Hague Law 1907 and PA I 1977, CSUNAP, 1994 Recalls article 3° of ICTY	Grave Breaches of article 85° PA I, 1977 - Methods and means of warfare	Influenced by C Rights of the Child 8° 2.b) (xxvi)
Non International armed conflict	8° 2.c)	Serious violations of article 3 common to Geneva Conventions	Protection of people		Common article 3° Recalls article 4° of ICTR & ICTY Jurisprudence interpreting its article 3°	8° 2.d) – c) does not apply to internal disturbances and tensions such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of similar violence.	
	8° 2.e)	Other serious violations of laws and customs within framework of international law	Methods and means of warfare		Geneva Conventions 1949, PA I, PA II 1977 & CSUNAP, 1994	8° 2.f) – e) applies only if armed conflict is protracted First Time: 2.e) (iii), 2.e) (vi) & 2.e) (vii)	Influenced by C Rights of the Child 8° 2.e) (vii)

War crimes by Antonio Cassese (2003, p. 50ss)

Not all violation of international humanitarian law amount to war (p. 50)

Objective elements of the war crimes

Classes	Crimes against		Qualification		Jurisdiction
(link to) International armed conflict	1	Persons not taking part or no longer taking part in armed hostilities.		Grave breaches Articles 50° GCI, 51° GCII, 130° GCIII, 147° GCIV and 85° API	Universal
	2	Enemy combatants or civilians committed by resorting to prohibited methods of warfare.		Serious violations	International and national
	3	Enemy combatants and civilians involving the use of prohibited means of warfare.			
	4	Specially protected persons or objects.			
	5	Crimes consisting of improperly using protected signs and emblems.		Other violations	
(link to) Non international armed conflict	1	Persons not taking part or no longer taking part in armed hostilities.		Serious violations* Article 3° common to GC and article 4° AP II	International and national
	2	Enemy combatants or civilians committed by resorting to prohibited methods of warfare.			
	3	Enemy combatants and civilians involving the use of prohibited means of warfare.			
	4	Specially protected persons or objects.		Other violations	
	5	Crimes consisting of improperly using protected signs and emblems.			
No link	Agent's army members, civilians with the same nationality, treason or espionage				Only national

* According to Abi-Saab quoted by Cassese (p. 54) a customary rule is in statu nascendi – Grave breaches can also be perpetrated in internal conflicts.