

**INSTITUTO DE ESTUDOS SUPERIORES MILITARES
CURSO DE PROMOÇÃO A OFICIAL SUPERIOR DA FORÇA AÉREA**

2014/2015



TII

**JURISDIÇÃO E LEI PENAL APLICÁVEL AOS MILITARES
PORTUGUESES POR ILÍCITOS PRATICADOS EM MISSÕES DE PAZ
FORA DO TERRITÓRIO NACIONAL**

**O TEXTO CORRESPONDE A TRABALHO FEITO DURANTE A
FREQUÊNCIA DO CURSO NO IESM SENDO DA RESPONSABILIDADE DO
SEU AUTOR, NÃO CONSTITUINDO ASSIM DOCTRINA OFICIAL DAS
FORÇAS ARMADAS PORTUGUESAS E DA GUARDA NACIONAL
REPUBLICANA.**



INSTITUTO DE ESTUDOS SUPERIORES MILITARES

**JURISDIÇÃO E LEI PENAL APLICÁVEL AOS MILITARES
PORTUGUESES POR ILÍCITOS PRATICADOS EM
MISSÕES DE PAZ FORA DO TERRITÓRIO NACIONAL**

CAP/JUR INÊS LUÍS

Trabalho de Investigação Individual do CPOS FA 2014/15

Pedrouços, 2015



Jurisdição e lei penal aplicável aos militares portugueses por ilícitos praticados em missões de paz fora de território nacional



INSTITUTO DE ESTUDOS SUPERIORES MILITARES

**JURISDIÇÃO E LEI PENAL APLICÁVEL AOS MILITARES
PORTUGUESES POR ILÍCITOS PRATICADOS EM MISSÕES
DE PAZ FORA DO TERRITÓRIO NACIONAL**

CAP/JUR Inês Luís

Trabalho de Investigação Individual do CPOS FA 2014/15

Orientador: TCOR/PILAV António Manuel Gomes Moldão

Pedrouços, 2015

Agradecimentos

Em primeiro lugar, quero agradecer o apoio da minha família: ao meu marido, José Eduardo, aos meus pais, Acácio e Idália Caetano e à minha filha, Isabel Luís: tenho tanta sorte por vos ter. Também gostaria de realçar a importância que teve para mim o ambiente salutar do meu curso, incluindo camaradas e docentes. Cimentei antigas relações de camaradagem e acredito ter feito amizades para o futuro – considero que esse é o bem mais valioso que este curso pode oferecer.

Em segundo lugar, gostaria de reconhecer a ajuda que me foi dada pelo Almirante Silva Carreira, pelo Comandante Neves Correia, pela Tenente-coronel Carla Santos, pela Comandante Ernestina Silva, pela Tenente Carla Pica e pelo *Van de Commandant* Martin Fink, da Marinha holandesa. Não posso também deixar de expressar a minha gratidão para com o Professor Doutor Augusto Silva Dias, da Faculdade de Direito de Lisboa, o Professor Christian Henderson, da Universidade de Liverpool, o Professor Paulo Pinto de Albuquerque, juiz no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Dr. Mateus Kowoslki, assessor jurídico do subsecretário-geral da ONU. Ainda, uma palavra especial ao Nuno que muito me auxiliou com as suas sugestões e conhecimento.

Finalmente, uma palavra de apreço para com o meu orientador, acima de tudo pelo incentivo que me deu para procurar um método de investigação inovador, adequado ao Direito. Como nas palavras do pedagogo Rubem Alves: “O voo não pode ser ensinado. Só pode ser encorajado.”



Índice

Lista de Abreviaturas

iv

Introdução	1
1. Modelo de análise.....	4
2. Jurisdição aplicável aos militares das Forças Armadas portuguesas em missões de paz... 6	
a. Missões de paz mandatadas pela ONU	9
b. Missões de paz sob a égide da OTAN.....	12
c. Missões de paz sob a égide da União Europeia.....	14
d. Missões de paz nacionais	15
3. Limites impostos pela lei portuguesa ao uso da força pelos militares das Forças Armadas portuguesas em missões de paz.....	17
a. Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	18
b. Mandato das Nações Unidas	19
c. Lei criminal portuguesa.....	20
4. Análise.....	24
Conclusões e recomendações	26
a. Desenvolvimento dos objetivos do estudo	26
b. Método científico e modelo de análise.....	26
c. Discussão dos resultados	26
(1) Jurisdição.....	27
(2) Delimitação da lei criminal aplicável	28
d. Recomendações	28
Bibliografia	29
Apêndice A - Taxinomia das missões de paz.....	Apd A -1
Apêndice B - Contextualização da participação portuguesa em missões de paz	Apd B -1
Apêndice C - Base concetual	Apd C -1
Apêndice D – Estratégia qualitativa e método jurídico.....	Apd D -1
Apêndice E – Aplicabilidade da jurisdição portuguesa a crimes praticados por militares portugueses.....	Apd E -1



Resumo

Num contexto em que a participação nacional em missões internacionais, *maxime*, de paz, assume especial relevo para os interesses nacionais, a devida proteção jurídica dos militares, não pode ser descurada.

Assim, o presente trabalho de investigação centrou-se na análise jurídica da forma de garantir acesso a julgamento em Portugal e delimitar a lei aplicável ao uso da força para conferir certeza jurídica aos militares das Forças Armadas portuguesas em missões de paz em território estrangeiro.

A investigação levou à conclusão que para assegurar o acesso a um julgamento em Portugal dos militares das Forças Armadas em missão de paz no estrangeiro, o Estado português deve celebrar acordos sobre o estatuto das forças, que incluam a regulação da jurisdição aplicável. O Estado português deve ainda aprovar uma lei flexível, mas suficientemente balizadora, que fixe os limites do uso da força em missões de paz, sem margem para dúvidas.

Palavras-chave

Direito das Operações Militares, missões de paz, jurisdição, legítima defesa, Regras de Empenhamento, uso da força.



Abstract

In a context where the national participation in international missions, especially peace missions, becomes particularly relevant for the national interests, the due legal protection for the military cannot be neglected.

That being said, the present research paper was focused on the legal analysis to grant access to a fair trial and to delimit the applicable law to the use of force in order to instil legal certainty to the Portuguese Armed Forces military in peace missions abroad.

The research was carried to the conclusion that in order to guarantee access to a fair trial by the Armed Forces military in peace missions abroad, the Portuguese State should enter into status of forces agreements, which include the regulation of the applicable jurisdiction. The Portuguese State should also approve a flexible law, though sufficiently bounding, that sets the use of force limits in peace missions, without doubts.

Keywords

Law of Military Operations, peace missions, jurisdiction, self-defence, Rules of Engagement, use of force.



Lista de Abreviaturas

AN – Assembleia Nacional

AR – Assembleia da República

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CJM – Código de Justiça Militar

CM – Conselho de Ministros

CNU – Carta das Nações Unidas

CP – Código Penal

CRO - Crisis Response Operations

CRP – Constituição da República Portuguesa

DIH – Direito Internacional Humanitário

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

EMGFA – Estado-Maior-General das Forças Armadas

ETPI – Estatuto do Tribunal Penal Internacional

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

TPI - Tribunal Penal Internacional

IESM - Instituto de Estudos Superiores Militares

ISAF - International Security Assistance Force

LDN – Lei de Defesa Nacional

MNE – Ministério dos Negócios Estrangeiros



NA5CRO - Non-Article 5 Crisis Response Operations

NEO - Non-combatant evacuation operation

ONU – Organização das Nações Unidas

OTAN - Organização do Tratado do Atlântico Norte

PCM – Presidência do Conselho de Ministros

PD – Perguntas derivadas

PfP – Partnership for Peace

PP – Pergunta de partida

ROE – Rules of engagement

SOFA - Status of Forces Agreement

SHAPE - Supreme Headquarters Allied Powers Europe

TII - Trabalho de Investigação Individual

UE – União Europeia



“Não será demais sublinhar, ainda uma vez,
que a certeza do direito sobreleva a rectidão”

(Andrade, 1963)

Introdução

O facto de os militares terem jurado perante a Bandeira Nacional aceitar, se necessário, sacrificar a própria vida em nome da Pátria, não reduz a significância axiológica da sua sujeição aos riscos inerentes ao cumprimento das missões. A este propósito, Perry (1995) disse que: *“The courage, the loyalty and the willingness of our men and women in uniform to put their lives at risk is a national treasure. That treasure can never be taken for granted, yet neither can it be hoarded like miser's gold.”*

De facto, por um lado, o Estado não pode deixar de empregar a força militar, quando necessita de defender os seus interesses; mas por outro, não pode subestimar o valor das vidas dos militares. Não existe exagero quando se emprega o termo “vida” neste contexto, porque quando um Estado envia os seus militares para territórios estrangeiros onde o ambiente é hostil, está de facto a pôr em perigo a vida daqueles que, por inerência da sua condição militar, aceitaram sujeitar-se ao risco das missões que lhes são cometidas, quer em tempo de guerra, quer em tempo de paz, nos termos da alínea c) do artigo 2.º da Lei das Bases do Estatuto da Condição Militar (AR, 1989).

É dever do Estado munir os militares que envia para um ambiente hostil de todos os meios necessário para que cumpram a sua missão e regressem são e salvos. Aqui se inclui garantir que eles conhecem os limites da força que podem usar e o direito a um julgamento justo, de preferência aplicando a lei do seu país, se forem acusados de cometer algum crime.

Poderia pensar-se que questões jurídicas não fazem parte da salvaguarda da segurança dos militares em missão. Contudo, o receio das consequências que podem advir do uso inadequado da força pode impedir o militar de agir, pondo em risco a segurança do



próprio e de camaradas, e colocando em causa o cumprimento de ordens e, no limite, da missão.

Um militar que cumpre uma missão em ambiente hostil tem demasiadas preocupações para ainda ter a sobrecarga da incerteza jurídica. A relevância do fator da certeza jurídica na ação dos militares é ainda mais elevada nos dias de hoje, em que a complexidade do ambiente operacional é crescente, em virtude da natureza assimétrica das ameaças que o afetam.

Num contexto em que a participação nacional em missões internacionais, *maxime*, de paz¹, assume especial relevo para os interesses nacionais², a devida proteção jurídica dos militares, não pode ser descurada. Urge evitar que um militar português seja julgado num cenário hostil, onde possivelmente o governo não tem o monopólio do uso da força e onde os tribunais dificilmente se encontrarão em condições de assegurar o direito a um julgamento justo. Urge, igualmente, clarificar os limites ao uso da força permitido aos militares portugueses neste tipo de missões.

Citando Andrade (1963, p. 54): “A certeza do direito, sem a qual não pode haver uma regular previsibilidade das decisões dos tribunais, é na verdade condição evidente e indispensável para que cada um possa ajuizar das consequências dos seus atos (...)”.

Assim, o objeto deste estudo é a identificação da jurisdição e lei penal aplicável aos militares portugueses em missões de paz fora do território nacional, com os objetivos específicos de identificar o seu estatuto jurídico e as situações em que podem usar força. Por imperativos de ordem temporal, o objeto de estudo é limitado, sendo excluídas as seguintes questões:

- Crimes cometidos fora do exercício de funções por militares portugueses integrados em missões de paz fora do território nacional;
- Responsabilidade dos Estados e organizações;
- Problemática da responsabilidade criminal dos superiores e inferiores hierárquicos;

¹ A taxinomia das missões ou operações de paz encontra-se detalhada em Apêndice A.

² O contexto da participação portuguesa em missões internacionais encontra-se documentado em Apêndice B.



- Fundamento jurídico para a realização das operações militares.

Relativamente à estrutura, optou-se por dividir o TII em 4 capítulos, começando por se expor o modelo de análise, onde se caracteriza o percurso metodológico (que segue o método jurídico enquadrado por uma estratégia qualitativa), passando-se à investigação propriamente dita, num capítulo relativo à jurisdição e noutra relativo à delimitação do uso da força, e terminando com a análise.



1. Modelo de análise

A investigação seguiu um percurso metodológico conforme à NEP/ACA – 010 (IESM, 2014), iniciando-se com a fase exploratória, onde foi definido o tema e efetuada uma revisão preliminar de literatura (IESM, 2014, p. 19).

Nesta fase foi também definido o objeto de estudo, formulado o problema de investigação, realizada a concetualização geral e decidido o procedimento metodológico de investigação, tendo-se optado pelo método jurídico, conforme explanado no Apêndice D, enquadrado numa estratégia qualitativa.

O método jurídico pressupõe a transformação do direito aplicável em conceitos e a sua composição em unidade sistemática. Esta elaboração científica de um sistema jurídico é feita em três fases: a análise jurídica, a concentração lógica e a construção jurídica. A análise jurídica decompõe a regra do direito nas suas unidades elementares, reduzindo as normas a conceitos. Uma vez distinguidos os conceitos jurídicos, devem ser reagrupados por razões de semelhança, a fim de se extraírem regras gerais e princípios, numa concentração lógica. Finalmente constrói-se um sistema, que deve coincidir exatamente com o direito positivo, ser isento de contradições e ter *elegantia iuris*, ou seja, conceber as relações mais complexas de uma forma simples: “A extrema simplicidade é a manifestação suprema do belo” (Ferrara, 1921). Procurou-se atingir esse fim através da simplificação do direito, apresentando a investigação como uma “síntese concentrada, ordenada e rigorosa, a qual torna possível dominar intelectualmente todo o material positivo.” (Ferrara, 1921, p. 175).

A opção por uma estratégia qualitativa resulta do facto de em direito se considerar superado o jusracionalismo kantiano (fundamentado no geral-abstrato, que só pode levar a resultados através do empirismo), pela dialética hegeliana, centrada em institutos concretos (Canaris, 1996, p. XVIII). De facto, conforme ensina Canaris (1996, p. 30): “a tentativa de conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal ou axiomático-dedutivo está, de antemão, votada ao insucesso.”

Seguiu-se a fase analítica, durante a qual foi efetuada a recolha de dados recorrendo à análise de lei, doutrina e jurisprudência. Também se entrevistaram pessoas com



conhecimentos relevantes na área do Direito das Operações e do Direito Internacional Público, com vista a consubstanciar a análise documental.

Finalmente, na fase conclusiva, avaliaram-se e discutiram-se os resultados, apresentando as conclusões, que se pretende que sejam contributos para o conhecimento, e recomendações.

Com a presente investigação pretende-se, através da hermenêutica do sistema jurídico, induzir uma teoria que permita responder à pergunta de partida, como é próprio da estratégia qualitativa.

O problema desta investigação centra-se no estudo da forma de garantir certeza jurídica (variável dependente), que resulta do acesso a julgamento em Portugal e da delimitação da lei aplicável ao uso da força pelos militares portugueses em missões de paz (variáveis independentes).

É de realçar que, num estudo qualitativo, as variáveis não carecem de carácter mensurável (Bryman, 2012, p. 48), não sendo, portanto, utilizados indicadores de medida. A este propósito, o IESM (2014, p. 18) indica que “Em vez da medição do fenómeno, o seu objetivo é alcançar um entendimento mais profundo e subjetivo do objeto de estudo, sem se preocupar com medições e análises estatísticas.” É com estes princípios em mente que foi elaborada a base concetual, em Apêndice C.

Para melhor delimitar o âmbito da presente investigação, foi definida a seguinte Pergunta de Partida (PP): De que forma se pode garantir acesso a julgamento em Portugal e delimitar a lei aplicável ao uso da força para conferir certeza jurídica aos militares das Forças Armadas portuguesas em missões de paz em território estrangeiro?

Da pergunta de partida surgem algumas Perguntas Derivadas (PD), que deverão ser alvo de resposta no decurso do trabalho e constituir-se como corpo de resposta à pergunta de partida:

PD 1 - Como proteger os militares portugueses de serem julgados em território estrangeiro no âmbito de missão de paz?

PD 2 - Em que situações pode um militar português usar força em missão de paz?



2. Jurisdição aplicável aos militares das Forças Armadas portuguesas em missões de paz

Segundo Miranda (1988, p. 193) “no seu território cada Estado tem o direito de excluir poderes concorrentes de outros Estados”. Ou seja, a soberania de um Estado inclui o direito de exercer jurisdição³ no seu território, sem interferência dos outros Estados.

Assim, qualquer pessoa que invocar privilégios ou imunidades no território de um Estado, tem de invocar uma exceção legítima à regra geral.

Os Estados têm concedido privilégios e imunidades aos órgãos dos outros Estados localizados no seu território com fundamento no brocardo *par in parem imperium non habet*⁴. Por exemplo, de acordo com o costume internacional, codificado na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (CM, 1968), aos diplomatas é atribuída imunidade no Estado onde se encontram a exercer funções.

Princípio idêntico foi desenvolvido para navios de guerra em visita a portos estrangeiros, nomeadamente no caso *Schooner Exchange v. McFadden*⁵ (US Supreme Court, 1812), em que um tribunal americano abdicou da jurisdição territorial em prol da legislação do pavilhão do navio. O juiz entendeu que exercer jurisdição sobre uma força militar de um Estado independente seria um ato de má-fé face ao consentimento dado à sua visita.

A imunidade das forças visitantes, entendidas como forças militares estrangeiras presentes no território de um Estado com o seu consentimento, encontra-se em numerosas decisões do século XIX e início do século XX (Fleck, 2001, p. 99).

³ O conceito de jurisdição encontra-se desenvolvido no Apêndice D.

⁴ Entre iguais, um não tem poder sobre outro.

⁵ A escuna “Exchange”, propriedade de armadores norte-americanos, fora apreendida pela França, que a armou e converteu em navio de guerra. Ao atracar em Filadélfia, por motivo de danos provocados por uma tempestade, os armadores intentaram ação para que lhes fosse devolvida.



Vários autores consideram que a imunidade funcional das forças militares visitantes constitui um costume internacional (Gill & Fleck, 2010, p. 95 e Worster, 2008). Contudo, outras vezes se têm sublevado contra a existência dessa prática consuetudinária (Clark, 2015).

Os autores que rejeitam a existência desse costume associam imunidade a impunidade: as populações locais desconhecem se chegaram a ser conduzidos processos no Estado de origem, ou quais os efeitos para os acusados. Por outro lado, é difícil exercer jurisdição sobre factos praticados em locais distantes, no que toca à produção de prova, nomeadamente à audição de testemunhas. A seriedade exige que os Estados de origem tenham especialistas para investigação *in loco*. (Clark, 2015)⁶.

Os autores que preconizam a existência desse costume defendem que a imunidade não dispensa o militar de estar sujeito à jurisdição do seu Estado ou de um tribunal internacional, como o Tribunal Penal Internacional (TPI), se o seu Estado for aderente ao respetivo estatuto. Além disso, esta imunidade não é ilimitada, mas funcional, não servindo para beneficiar indivíduos nos seus assuntos privados, mas o seu desempenho de funções. Finalmente, argumentam que nunca houve um caso em que um Estado anfitrião tenha exercido jurisdição criminal sobre um membro das forças visitantes sem que tal estivesse previsto em tratado (Gill & Fleck, 2010, p. p. 95).

Certo é que existe uma perceção crescente dos cidadãos relativamente à presença de forças visitantes, inclusivamente da ONU, que motiva a preocupação dos parlamentos em ter um papel primordial na fixação das regras de jurisdição que lhes são aplicáveis (Fleck, 2001, p. 7).

É, aliás, notória a mudança de paradigma a partir da Segunda Guerra Mundial, passando a haver um compromisso entre a lei da nacionalidade (*rationae personae*), ou seja, do Estado de origem, e a lei do Estado anfitrião (*ratione materiae*), expresso em

⁶ Em nosso entendimento, para um Estado enviar especialistas em investigação criminal ao local, deve haver consentimento do Estado anfitrião, que pode ser acordado previamente.



diversos acordos celebrados a partir de então, comumente designados por estatutos das forças ⁷.

Exemplo deste tipo de acordo é a Convenção entre os Estados do Tratado do Atlântico Norte relativa ao Estatuto das suas Forças (*Status of Forces Agreement - SOFA* da OTAN), (AN, 1955), onde se consagra uma jurisdição concorrente, atribuída em certos casos ao Estado de origem, em outros, ao Estado anfitrião.

Em suma, a falta de consenso sobre a existência de um costume que confira imunidade funcional às forças presentes num território estrangeiro, ainda que com o consentimento do respetivo Estado, acarreta incerteza jurídica.

Com efeito, permitir que os militares enviados ao serviço do Estado português sejam julgados por tribunais e lei estrangeira, não resulta apenas no facto de poderem ser encarcerados longe da família e amigos, e de ficarem sujeitos a julgamento num cenário de conflito, onde os tribunais dificilmente se encontrarão em condições de assegurar o direito a um julgamento justo, consagrado pelo artigo 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (MNE, 1978). A questão essencial desta problemática é que, estando garantida a possibilidade de exercício da jurisdição nacional sobre atos de serviço, as Regras de Empenhamento (*Rules of Engagement – ROE*) conformes à lei portuguesa conferirão um maior grau de certeza aos militares. Se os militares ficarem sujeitos a julgamento em tribunais do Estado anfitrião, poderão ser responsabilizados pela lei local.

Na falta de regulação da jurisdição, o jurista militar pode procurar identificar condutas que são puníveis pela lei local, embora sejam lícitas à luz da lei de origem e propor a aprovação das *ROE* em conformidade. Contudo, quando um Estado envia as suas forças militares para o território de outro Estado, com o seu consentimento, parece justa a pretensão de que possa definir a extensão do uso da respetiva força militar, conforme

⁷ Um estatuto das forças é um acordo celebrado entre um Estado que envia as suas forças e o Estado que recebe essas forças no seu território. Este tipo de acordo regula questões como a jurisdição aplicável às forças, formalidades de entrada e saída do país, proteção das forças, liberdade de circulação, uso e porte de armas, apoio do Estado anfitrião e isenções fiscais, entre outras matérias (Gill & Fleck, 2010, p. 94).



defende Pierini (2007), para garantir uma ação independente de interferências do Estado anfitrião.

Assim, importa analisar a questão jurisdicional segundo a tipologia da missão de paz em que os militares portugueses se encontram integrados, procurando salvaguardar a aplicabilidade da jurisdição nacional aos seus atos praticados em serviço.

a. Missões de paz mandatadas pela ONU

Os militares portugueses podem participar em missões de paz mandatadas pela ONU de três formas: integrados nas forças da ONU, em forças nacionais ou em coligações de Estados.

As forças da ONU integram, institucionalmente, as Nações Unidas. Ou seja, não agem apenas sob um mandato desta organização: estão sob o seu comando e controlo. Nestes casos, existe uma cadeia de comando desde o Secretário-Geral da ONU, passando pelo comandante da força, até ao soldado.

Situação diferente é a de operações militares conduzidas por Estados ou coligações de Estados, sob um mandato da ONU. Aqui não podemos falar em forças da ONU, sendo que o controlo militar das operações está nos governos respetivos e não no Secretário-Geral das Nações Unidas⁸.

A fonte primária das imunidades do pessoal militar são os *SOFA*, celebrados entre a ONU e os Estados anfitriões. A ONU tem, inclusivamente, um modelo de estatuto das forças⁹. Contudo, têm surgido situações em que estes acordos não são celebrados, por diversas razões: urgência ou inexistência de um governo com autoridade jurídica para celebrar e implementar o acordo. Foi o caso das operações da ONU na Somália, em que não houve um *SOFA* subjacente (Worster, 2008).

A questão que se coloca é a de saber se os militares beneficiam de imunidades na ausência de estatutos de forças que regulem a questão da jurisdição aplicável.

⁸ Por exemplo, *ISAF*.

⁹ *UN Model Status of forces agreement, "to serve as a basis for the drafting of individual agreements to be concluded between the United Nations and the host countries"* (ONU, 1990)



No que concerne às operações de manutenção de paz da ONU, é importante realçar que tradicionalmente eram realizadas com consentimento do Estado anfitrião, precisamente para obviar o facto de não estarem previstas na Carta das Nações Unidas (CNU), não se realizando nem ao abrigo do capítulo VI, nem do VII. Com a aprovação da Resolução n.º 794 (ONU, 1992) relativa à Somália, foi realizada a primeira missão ao abrigo do capítulo VII da CNU, sem consentimento do Estado, situação que se tem vindo a repetir nos últimos anos.

Ora, a questão do consentimento do Estado onde se encontram as forças mandatadas pela ONU determina, em grande medida, o enquadramento jurisdicional das operações das forças da ONU.

Ainda que se aceite a existência de um costume internacional de imunidade das forças militares visitantes, este sempre decorrerá do consentimento para a sua presença no território. Se esse consentimento não está expresso num estatuto das forças, deverá constar de outro instrumento (Worster, 2008, p. 309).

Se o Estado anfitrião combate a presença das forças da ONU, existe um conflito armado, pondo-se então em hipótese a aplicação do Direito Internacional Humanitário (DIH).

A questão da aplicação do DIH às forças da ONU não é consensual. É certo que a ONU tem personalidade jurídica internacional, reconhecida pelo Tribunal Internacional de Justiça (TIJ, 1949), o que significa que pode celebrar tratados com outros sujeitos de Direito internacional. Contudo, não é parte de nenhuma convenção relativa a conflitos armados, o que se entende, pois não sendo um Estado, não dispõe de todos os meios necessários para assegurar o cumprimento de certas obrigações. Ainda assim, pode ser-lhe aplicável o costume internacional no que se refere ao DIH. Similarmente, alguns autores defendem que não sendo a ONU parte desses tratados, os Estados dos contingentes militares envolvidos são-no (Gill & Fleck, 2010, p. 131).

Não se tratando de uma questão pacífica, certo é que a Convenção sobre a Segurança das Nações Unidas e Pessoal Associado (AR, 1998) pressupõe, no n.º 2 do seu artigo 2.º,



que os militares das forças da ONU possam ser combatentes¹⁰. Assim, é entendimento que, quando as forças da ONU estão envolvidas em combates, como é o caso das missões de *peace enforcement*, devem estar sujeitas aos princípios costumeiros do DIH (Fleck, 2001, p. 501).

Considera-se que este entendimento é benéfico para os militares, porque com o estatuto de combatentes, apesar de serem considerados alvos legítimos, não podem ser acusados de crime por participação em hostilidades, excetuando crimes de guerra (Worster, 2008, p. 363).

Não sendo a aplicação do estatuto de combatente indubitável, nem garantindo a imunidade *per se*, importa procurar outras fontes de imunidade, nomeadamente o artigo 105.º da Carta das Nações Unidas - CNU (MNE, 1991). Contudo, este preceito não se aplica aos militares de forças fora do comando e controlo da ONU, não sendo sequer pacífica a sua aplicação a forças da ONU (Worster, 2008, p. 319). Por outro lado, este preceito só confere imunidade para ações necessárias para o desempenho independente de funções, podendo deixar desprotegidas algumas ações oficiais (Worster, 2008, p. 319).

Importa, assim, considerar a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (AR, 1998), que detalha os termos do artigo 105.º da CNU, aditando a categoria de "especialistas" ao pessoal da ONU. Alguns autores defendem que esta Convenção abrange os militares das forças da ONU enquanto peritos. Porém, esse entendimento não é pacífico, porque o estatuto de perito depende de uma nomeação pelo Secretário-Geral (Worster, 2008, p. 329).

No tocante à Convenção sobre Segurança das Nações Unidas e Pessoal Associado (AR, 1998), requer a libertação imediata de pessoal capturado, mas não tem por âmbito específico a situação de militares acusados de cometer crimes e seus privilégios e imunidades, remetendo a sua regulação para estatutos de forças.

¹⁰ Neste sentido vai, igualmente, o Boletim do Secretário-Geral sobre a observância do DIH pelas forças da ONU (Secretário-geral da ONU, 1999), que não sendo vinculativo para os Estados membros, não deixa de ser uma norma administrativa interna da ONU (Branco, et al., 2010, p. 97).



Alguma doutrina entende que o modelo de estatuto de forças da ONU é uma prova de prática consuetudinária, que garante a imunidade jurisdicional das suas forças (Secretariat of the United Nations, 2004). Essa teoria não é comumente aceite, porque a existência de uma prática uniforme de celebração de tratados não evidencia que se trata de uma prática com convicção de obrigatoriedade (Worster, 2008, p. 357).

O Conselho de Segurança da ONU frequentemente tem conferido, unilateralmente, imunidade às forças da ONU nas suas resoluções, para vigorarem até ao estabelecimento de acordos com o Estado. Alguns autores defendem que as resoluções da ONU não têm força para esse efeito, porque colocam em crise a soberania do Estado em questão, quando a imunidade dos militares das suas forças não é um requisito absoluto para desempenharem as suas missões e que, se as resoluções pudessem estabelecer o estatuto das forças, não seria necessário celebrar acordos. (Worster, 2008, p. 352).

Porém, é entendimento que as resoluções têm força para se impor à soberania de um Estado. Tanto assim, que ao seu abrigo se têm realizado missões de imposição de paz sem o consentimento dos respetivos Estados. No entanto, sempre que possível, a ONU procura uma solução consensual, considerando preferível a celebração de um acordo sobre o estatuto das forças, ao invés da sua imposição.

Em suma, na ausência de um estatuto das forças ou outro instrumento que expresse a renúncia de jurisdição por parte do Estado local, a proteção jurisdicional dos militares resulta de uma amálgama de instrumentos jurídicos, não sendo completamente clara. Por essa razão, defende-se a celebração de um acordo sobre jurisdição sempre e logo que possível.

b. Missões de paz sob a égide da OTAN

O estatuto das forças sob a égide da OTAN varia consoante se encontrem no território dos Estados membros desta aliança e dos Estados que participam na Parceria para a Paz (*Partnership for Peace - Pfp*), ou fora deste território.

Em traços genéricos, o *SOFA* da OTAN (para onde remete o artigo 1.º do *SOFA* da *Pfp* - AR, 1998) dispõe que o Estado de origem das forças tem jurisdição exclusiva se as ofensas tiverem sido cometidas contra a sua propriedade ou segurança ou contra um



membro das suas forças ou se a ofensa resultar de um ato ou omissão no desempenho de funções oficiais que sejam da competência das autoridades militares; nos outros casos, o Estado local tem o direito de jurisdição.

O problema que se coloca, contudo, é que o *SOFA* da OTAN e o *SOFA* da *PfP* apenas disciplinam o estatuto das forças no território dos países da Aliança Atlântica e dos seus parceiros para a paz¹¹.

Para assegurar que militares integrados em forças da OTAN não são julgados por um Estado anfitrião fora da Aliança ou dos países da *PfP*, têm sido celebrados acordos sobre matéria de jurisdição.

Porém, a OTAN não é um Estado soberano, nem tem personalidade jurídica de direito internacional. Tão-pouco é uma organização internacional unitária, porque é composta por diversos elementos distintos, investidos da sua própria personalidade jurídica.

O artigo 10.º do Protocolo de Paris confere personalidade jurídica aos Quartéis Supremos, ao abrigo da qual o *Supreme Headquarters Allied Powers Europe (SHAPE)* tem negociado acordos relativos ao estatuto das forças, que beneficiam os Estados membros, enquanto terceiros. No entanto, a França questionou a capacidade de um quartel supremo para negociar acordos que potencialmente a possam afetar (Fleck, 2001, p. 307).

É certo que nenhum quartel supremo pode vincular um Estado membro da Aliança sem o seu consentimento expresso, nem impedir que um Estado membro celebre os seus próprios acordos. A posição francesa evidencia, no entanto, que a negociação destes acordos deve envolver os países membros (Fleck, 2001, p. 307).

Assim, a OTAN tem celebrado acordos sobre estatuto das suas forças com diversos Estados não aliados que têm recebido as suas forças, a par de acordos separados, entre o Estado anfitrião e os Estados membros da OTAN.

¹¹ É certo que, em 1951, os membros da Aliança Atlântica procuravam atender ao problema do estacionamento de forças militares aliadas na área territorial dos Estados membros da OTAN. Sucede que, nos dias de hoje, tornou-se mais comum para as forças militares da OTAN a participação em operações fora da área OTAN.



Por exemplo, o artigo 2.º do *SOFA* com a Bósnia e a Croácia conferia imunidade geral ao pessoal da OTAN. No entanto, entendeu-se necessário celebrar acordos de implementação com cada Estado membro, para disciplinar as regras de cooperação nesta matéria, nomeadamente, enunciar as autoridades competentes do respetivo Estado (Fleck, 2001, p. 516).

Ou seja, sem prejuízo do entendimento que a celebração de estatutos das forças pela OTAN é benéfica, por permitir a uniformização das regras aplicáveis aos militares dos diversos contingentes, importa salvaguardar eventuais especificidades relativas aos interesses nacionais. Para tanto, os acordos celebrados pela OTAN devem ser analisados por Portugal, com vista a determinar se é necessária a celebração de acordo separado com o Estado anfitrião.

Contudo, Portugal nem sempre tem evidenciado preocupação nesta matéria. Vários têm sido os cenários onde teve contingentes militares sob a égide da OTAN, sem que tivesse celebrado acordos de implementação sobre os estatutos das forças negociados pela OTAN, *maxime* no que concerne à *International Security Assistance Force (ISAF)*, no Afeganistão.

c. Missões de paz sob a égide da União Europeia

À semelhança do que sucedeu sob a égide da OTAN, também os Estados membros da UE celebraram um acordo sobre o estatuto das forças, o UE *SOFA* (AR, 2004). No entanto, o UE *SOFA* ainda não está em vigor porque, até à data da redação deste TII, a Dinamarca, Irlanda, Reino Unido e Itália não o ratificaram.

Poderia crer-se que, tratando-se de países da UE, vários aspetos típicos do estatuto das forças estariam resolvidos *a priori*, como a livre circulação de pessoas e bens. Porém, não há livre circulação de forças militares através dos países da UE, mesmo quando integram o espaço Schengen. A soberania militar não foi transferida para a UE, donde uma força militar espanhola entrar na França sem prévia autorização é sempre um ato de agressão.



No que toca à jurisdição, caso nada seja disposto em contrário e se não se aceitar a reserva de jurisdição do Estado de origem como costume internacional consagrado, os militares ficam sujeitos à jurisdição e lei do Estado local, para julgar os factos sobre que estejam acusados, ainda que digam respeito ao exercício das suas funções.

Tratando-se de países da UE, a preocupação com a ocorrência de julgamentos que não respeitam a Declaração Universal dos Direitos do Homem é diminuta. Ainda assim, os Estados Membros têm sentido necessidade de regular o estatuto das respetivas forças em território europeu, como demonstrou a celebração do Estatuto da EUROFOR (AR, 2002).

No que concerne ao estatuto das forças postas à disposição da UE fora do território dos Estados membros, tal como sucede com a ONU e a OTAN, carece de previsão em acordo com o Estado anfitrião.

Ao contrário do que sucede relativamente à OTAN, a UE dispõe de personalidade jurídica internacional e competência clara para a celebração de acordos internacionais, nos termos do artigo 216.º do Tratado da UE (AR, 2008). Ainda assim, o Estado português deve assegurar-se que os seus interesses estão salvaguardados e avaliar a necessidade de celebrar acordos separadamente.

d. Missões de paz nacionais

Geralmente, a participação de Portugal em missões de paz faz-se sob a égide da ONU, da OTAN ou da UE. Contudo, importa configurar igualmente o enquadramento jurisdicional das missões de paz exclusivamente nacionais¹². Este é o contexto das operações de evacuação de não combatentes (*Non-Combatant Evacuation Operation* –

¹² É de realçar que a constitucionalidade da realização de missões de paz fora do território nacional num quadro autónomo não é pacífica, considerando que o artigo 275.º da CRP as circunscreve ao enquadramento conferido pelas organizações internacionais de que Portugal faça parte. No entanto, encontram-se previstas pela Lei de Defesa Nacional (LDN) (AR, 2014), *maxime*, artigo 24.º, n.º 1, alínea c).



NEO)¹³, de que são exemplo a Operação Crocodilo, de 1998, e a Operação Manatim, de 2012.

Conforme explanado em Apêndice E, a legislação penal é suficientemente abrangente para que os tribunais portugueses se considerem competentes para julgar militares portugueses, por factos praticados em serviço no âmbito de missão militar de paz no estrangeiro. Contudo, tal não garante o exercício da jurisdição portuguesa, porque os tribunais do Estado onde decorre a missão podem entender exercer a sua jurisdição, não sendo pacífica a existência de um princípio costumeiro de imunidade das forças militares visitantes.

É certo que, se os militares já estiverem em Portugal, não serão extraditados, nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) (Assembleia Constituinte, 1976). No entanto, se esses militares não conseguirem chegar à embaixada, ou a um navio ou aeronave antes de serem detidos, arriscam-se a ser julgados localmente.

A solução para um conflito de jurisdição deste tipo passa pela celebração de um acordo relativo ao estatuto das forças, que regule a jurisdição que lhes é aplicável. O problema que esse tipo de solução acarreta é a morosidade¹⁴, incompatível com as necessidades imediatas de uma operação *NEO*.

¹³ Uma *NEO* é uma operação militar de um Estado no território de outro Estado com vista a proteger a vida dos seus cidadãos. Embora não constituindo missões de paz *stricto sensu*, estas missões são enquadradas pela OTAN como *Crisis Response Operations* e portanto são consideradas pertinentes no âmbito deste TII.

¹⁴ A aprovação de tratados sobre defesa e assuntos militares integra as competências da Assembleia (artigo 161.º, alínea i) da CRP). Neste sentido, os estatutos das forças em que Portugal é parte têm sido aprovados pela Assembleia da República. Exemplo disso é o *SOFA* da OTAN e o Tratado sobre o Estatuto Jurídico da EUROFOR (2002). Poderia equacionar-se a possibilidade de o poder executivo, nomeadamente através do Ministério dos Negócios Estrangeiros, procurar obter acordos de jurisdição informais com os Estados, por exemplo através de troca de cartas ministeriais ou memorandos, defendendo-se que não está em causa a abdicação da jurisdição portuguesa por parte do Governo, sem que haja uma convenção internacional ou uma lei especial que o autorize, mas a abdicação de jurisdição pelo Estado anfitrião. Essa não tem sido a prática: nada garantiria que os outros Estados cumprissem com os acordos de jurisdição, na medida em que a sua natureza vinculativa seria muito discutível se estes Estados não aceitarem (como Portugal) a possibilidade de os chamados acordos executivos (que não carecem de intervenção de nenhum outro órgão de soberania para



Desta forma, é entendimento que seria salutar a celebração de um acordo sobre o estatuto de forças militares ao nível da Comunidade de Estados de Língua Portuguesa (CPLP), tal como existem com a OTAN e a UE, para vigorar mesmo sem existirem operações em curso. Julga-se que a celebração deste acordo é fundamentada, considerando a ampla cooperação técnico-militar existente entre os países desta comunidade.

Verificando-se ser este o âmbito mais comum de atuação em missões nacionais, ficaria salvaguardado o estatuto das forças *a priori* e em tempo.

Em suma, os tribunais portugueses podem exercer jurisdição sobre os militares das Forças Armadas portuguesas em missões de paz no estrangeiro¹⁵, mas para se garantir esse exercício de jurisdição nacional, é importante celebrar estatutos das forças com os Estados anfitriões.

3. Limites impostos pela lei portuguesa ao uso da força pelos militares das Forças Armadas portuguesas em missões de paz

Tendo como pressuposto a aplicabilidade da lei portuguesa, garantida por via da celebração de acordos de jurisdição, pretende-se agora investigar os limites da utilização da força pelos militares portugueses em missões de paz.

O uso da força é limitado e controlado por motivos jurídicos, políticos e militares. As *ROE* são “um dos meios para o exercício desse controlo nos planos político e militar” (Carreira, 2004, p. 37). Contudo, ao contrário do que se possa crer, o incumprimento das *ROE* de uma missão não constitui, em si mesmo, a base jurídica para responsabilizar criminalmente um militar.

além do órgão executivo) produzirem efeitos jurídicos – exemplo desse risco é o recente caso Abu Salem, em que a extradição para a Índia foi concedida com base em garantias dadas pelo Governo indiano, que não foram depois acatadas pelos tribunais indianos, que não se sentiram vinculadas por elas (DN, 2015).

¹⁵ É de referir que a demora injustificada do exercício da jurisdição portuguesa pode conduzir ao julgamento dos militares pelo TPI, nos termos n.º 2 do artigo 17.º do seu estatuto (AR, 2002). Não obstante se considerar que o TPI confere acesso a um julgamento justo, uma situação dessa natureza não deixaria de ser embaraçosa para o Estado português.



Várias são as definições de *ROE* que se podem encontrar, consoante o país ou organização que as empregue (Gill & Fleck, 2010, p. 117). Utilizando como referência o conceito da OTAN (2003, p. 2), *ROE* “*are directives to military forces (including individuals) that define the circumstances, conditions, degree, and manner in which force, or actions which might be construed as provocative, may be applied.*”

Ora, “o cumprimento das *ROE* não constitui uma garantia da legalidade da actuação” (Carreira, 2004, p. 38). De facto, as *ROE* não são leis. A jurisprudência portuguesa tem-lhes atribuído o carácter de instrução dada por superior hierárquico (Carreira, 2004, p. 40) – ou seja, quanto muito, a sua violação constitui um ato de indisciplina ou um crime de insubordinação por desobediência.

Certamente, as *ROE* devem ser elaboradas em conformidade com a lei aplicável: “*ROE first must be lawful*” (OTAN, 2003, p. 2). Ora, o militar que recebe as *ROE* parte do princípio que a sua legalidade foi verificada. Para que essa fiabilidade esteja garantida, compete aos assessores jurídicos revê-las, não só no momento da sua aprovação, mas continuamente. Para o efeito, devem identificar a jurisdição e a lei aplicável.

As *ROE* são um instrumento que o comandante da força dispõe para harmonizar diferenças nacionais (Gill & Fleck, 2010, p. 126), sendo certo que os Estados podem restringir a sua aplicação pelas respetivas forças através de *caveats*. Contudo, compete ao assessor jurídico nacional verificar até que ponto é que as *ROE* propostas são aceitáveis para as respetivas forças, de acordo com a lei que lhes é aplicável.

Partindo do pressuposto da aplicabilidade da jurisdição portuguesa, é nosso entendimento que a base legal para o uso da força por militares portugueses em missões de paz no estrangeiro assenta no DIH e Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), no mandato da ONU e na lei penal portuguesa.

a. Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos

Quando o nível de violência não atinge o espetro do conflito armado, não podemos falar em aplicação do DIH, embora os seus princípios gerais possam ser aplicados (Gill &



Fleck, 2010, p. 9). Poderia, assim, pensar-se que a sua aplicabilidade estaria excluída nas missões de paz.

Contudo, conforme referido anteriormente, existem missões de paz que envolvem a possibilidade de combate. É especialmente o caso das missões de imposição de paz da ONU, que segundo Gill & Fleck (2010, p. 4) são ações “*authorized by the Security Council under Chapter VII to maintain and restore international peace and security, which – while potentially involving combat – will not normally entail the use of full-scale combat on a sustained basis against a State.*”.

Assim, só quando as forças de uma missão de paz se tornam parte de um conflito armado ou são ocupantes beligerantes de um território estrangeiro, é que o DIH lhes é aplicável (Gill & Fleck, 2010, p. 129). Esta não é a regra, mas acontece, como no caso da missão de imposição de paz da *ISAF*, fundamentada no Capítulo VII, e que decorre em certas áreas do Afeganistão onde existe um conflito armado. Aqui o DIH aplica-se, embora o combate não seja o objetivo desta missão e sim o apoio ao governo afegão.

Já quanto ao DIDH, é discutível que seja aplicável, pelo menos na sua plenitude¹⁶ (Schutter, 2014, p. 584), durante um conflito armado, mas balizará o uso da força mínima em situação de paz (Gill & Fleck, 2010, p. 129) e é aplicável extraterritorialmente (Messineo, 2012).

Portugal é parte da maioria dos tratados de DIH e DIDH, pelo que os militares portugueses devem respeitar as suas normas; de DIDH, em situação de paz, e de DIH, pelo menos, em situações de missões de paz que envolvam conflito armado.

b. Mandato das Nações Unidas

Este TII não tem por objetivo debater as questões relativas ao fundamento jurídico das operações militares. Ainda assim, sempre se refere que o mandato da ONU é a fonte que legitima, na maioria das situações, a projeção de forças por um Estado em território estrangeiro.

¹⁶ O artigo 15.º da CEDH prevê a possibilidade de derrogações em conflito armado.



O mandato é aprovado pelo Conselho de Segurança e contém a autorização para o uso da força. O Conselho de Segurança pode permitir o uso da força necessária para assegurar o cumprimento do mandato, baseado no capítulo VII da CNU (MNE, 1991). Os detalhes são estabelecidos no Plano de Operações (*Operational Plan*) e nas *ROE*.

Este mandato tem força vinculativa para os seus destinatários, nomeadamente para Portugal (MNE, 1991, artigo 25.º), pelo que os tribunais nacionais devem considerá-lo como fundamento para o uso da força pelos militares das Forças Armadas portuguesas.

Enquanto analisa o mandato e delinea o conceito das operações, o comandante planeia os requisitos das componentes participantes (naval, terrestre, aérea e operações especiais), bem como tipo e número de unidades e sistemas de armas necessários para cumprir a missão. Concomitantemente, são desenvolvidas as regras de empenhamento. (Gill & Fleck, 2010, p. 151),

A robustez dos mandatos é muito variável. Em particular, é notória a diferença entre as operações de imposição de paz, realizadas nos termos do capítulo VII da CNU, e as operações de paz realizadas com o consentimento do Estado anfitrião.

O uso da força em missões de imposição de paz pode não ser apenas reativo, nomeadamente a atos e intenções hostis. O mandato pode incluir todas as medidas necessárias (“*all necessary measures*”) para ser executado, articuladas com os princípios da proporcionalidade e necessidade (Gill & Fleck, 2010, p. 111). Estes princípios não resultam diretamente do DIH (o que só sucede quando as forças são combatentes), mas do facto do Conselho de Segurança estar sujeito à CNU, nos termos do seu artigo 24.º.

No caso das operações de paz realizadas com consentimento do Estado anfitrião, está restrito ao uso da força para defesa pessoal, equipamento, instalações e, dentro das capacidades, de civis e do mandato (Gill & Fleck, 2010, p. 150).

c. Lei criminal portuguesa

A CNU institui, no n.º 4 do artigo 2.º, uma proibição geral de uso da força. A esta proibição a CNU admite exceções em caso de legítima defesa face a um ataque armado e em ações sob a égide da ONU ou autorizadas pelo Conselho de Segurança.



Poderia, assim, defender-se que o uso da força por militares em missões internacionais tem de se fundamentar no DIH, existindo conflito armado e, nos restantes casos, em mandato da ONU e DIDH.

Importa, no entanto, considerar as *NEO*. Os fundamentos jurídicos das operações *NEO* são objeto de debate, desde a entrada em vigor da CNU (Baptista, 2003, p. 200). Nos casos em que o Estado local consente a realização das operações, ficará excluída a proibição do n.º 4 do artigo 2.º da CNU. Mais problemática será uma operação não consentida pelo Estado local¹⁷.

Não sendo o objeto deste TII o fundamento jurídico das operações, mas os limites impostos pela lei ao uso da força pelos militares, o que importa reter é o facto de que, no caso português, embora estas missões não tenham sido objeto de mandato da ONU, não têm sido executadas sem consentimento do Estado local.

A realização de missões *NEO* pelas Forças Armadas portuguesas tem fundamento na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º da LDN. Esse preceito não delimita, porém, a utilização da força pelos militares portugueses neste tipo de operações.

Segundo Silva Dias (2009), as autoridades públicas não devem apelar às causas de exclusão de ilicitude e culpa para ampliar as suas possibilidades de intervenção, sob pena de uma contradição valorativa: “A legítima defesa e o estado de necessidade em sentido amplo são formas excepcionais de tutela da vida privada, de que o cidadão pode dispor à míngua dos mecanismos ordinários de proteção pública.”

¹⁷ A Resolução n.º 3314 da Assembleia Geral da ONU (1974), sobre a definição de agressão, não inclui a ameaça a cidadãos nacionais em território estrangeiro; contudo, não é taxativa. Alguns autores preconizam que, mesmo sem consentimento do Estado local, não existe violação do n.º 4 do artigo 2.º, estando em causa o exercício da legítima defesa consagrado no artigo 51.º da CNU (Thomson, 2012). Outros autores consideram que a ameaça aos cidadãos nacionais no estrangeiro não constitui um ataque ao Estado (Bowett, 1986). Há ainda quem defenda que as *NEO* não consentidas se fundamentam no direito à legítima defesa de acordo com o direito consuetudinário internacional, já existente antes da CNU (Gill & Fleck, 2010). Neste sentido, o TIJ (1980) não considerou ilegal a tentativa de resgate de reféns norte-americanos em Teerão.



De facto, a Lei n.º 53/2008 (AR, 2008) e o Decreto-Lei n.º 457/99 (CM, 1999) preveem as medidas de polícia e situações de recurso a arma de fogo em ação policial. Neste contexto, Figueiredo Dias (2012) considera que estas disposições especiais prevalecem sobre as regras gerais de legítima defesa.

Sucede que o Código de Justiça Militar (CJM) não prevê normas para esse efeito¹⁸ e que não existe lei especial para uso da força por parte dos militares das Forças Armadas portuguesas fora de conflito armado. Possivelmente, considerou-se inapropriado o uso da força militar em tempo de paz sem mandato da ONU; contudo, não podem ser esquecidas situações como o abate de aeronaves *renegade*¹⁹, em território nacional, ou as missões *NEO*, no estrangeiro.

Neste sentido, Silva Dias (2009) admite que o estado de necessidade desculpante pode legitimar o abate de aeronaves *renegade* por autoridades estatais. Ou seja; na falta de lei especial, considera aplicáveis as causas de exclusão de ilicitude e culpa do Código Penal (CP) (CM, 1995) aos militares portugueses, ainda que em policiamento aéreo, ou seja, no exercício de funções de autoridade pública.

É entendimento que o mesmo sucede no caso de uma operação *NEO*. Não sendo combatentes no conflito armado do Estado onde decorre a operação, não dispondo de um mandato da ONU que confira todos os meios e medidas necessários para prosseguir a missão, e determinando o CJM a aplicação subsidiária da lei penal comum aos crimes de natureza estritamente militar, consideram-se aplicáveis aos militares as causas de exclusão de ilicitude e culpa previstas pelo CP, como forma de legitimar o uso da força.

¹⁸ O artigo 9.º do CJM equipara os crimes cometidos em missões de apoio à paz a crimes de guerra, mas nada dispõe sobre autorização de uso da força. Ora, considerando o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode atuar com base na lei, ao contrário dos privados, que têm liberdade de atuação em tudo o que a lei não os proíba (Batalhão, 2015, p. 54), pelo que não basta assumir que tudo o que o CJM não proíba, é permitido.

¹⁹ “O termo *renegade*” é usado para definir uma aeronave ou plataforma civil operando de modo a criar a suspeição de poder ser utilizada como arma num ataque terrorista.” (CEMGFA, 2010)



Contudo, levado às últimas consequências, esse entendimento poderá significar que os militares portugueses ficam limitados à condição de cidadãos comuns, não existindo uma lei especial que, à semelhança do que ocorre com as autoridades de polícia, permita o uso da força noutras circunstâncias.

Ora, limitar a ação dos militares à de um cidadão comum coloca constrangimentos que podem pôr em causa o cumprimento da missão e a segurança dos militares e das pessoas que protegem. Evidência do absurdo que esse entendimento constitui, é o facto de o Estado cometer as operações *NEO* às Forças Armadas e não a forças de segurança, precisamente por decorrerem em ambiente de conflito armado, o que potencia a necessidade de maior robustez na ação necessária ao resgate.

No mínimo, será imprescindível a realização de revistas às pessoas que pretendem embarcar. Poderá também ser necessária a apreensão temporária de armas. Considerar que os militares estariam limitados ao uso da força como cidadãos comuns, implicaria o consentimento das pessoas envolvidas para esses atos, nos termos do artigo 38.º do CP, o que é manifestamente insuficiente para o sucesso da operação.

Cometer aos militares uma missão sem lhes conferir a força necessária implica, por um lado, proteção jurídica insuficiente, que se traduz em maior probabilidade de incorrimento em ação judicial, por outro lado, eleva exponencialmente o risco de fracasso da missão, perigando a segurança dos militares e dos cidadãos a resgatar.

Perante este cenário, preconiza-se que os militares não podem estar sujeitos à condição de cidadãos comuns, limitados pela aplicação das causas de exclusão de ilicitude e culpa da lei penal comum. Assim, e na falta de lei especial, entende-se que os limites para o seu uso da força serão, além das causas de exclusão de ilicitude e culpa, os artigos 2.º e 18.º da CRP, os direitos humanos, nomeadamente consagrados pela CEDH (Convenção Europeia dos Direitos dos Homem, AR, 1997), e os princípios de necessidade e proporcionalidade, conforme consagrados em diversos preceitos, nomeadamente na alínea f) do n.º 2 do artigo 15.º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas (CM, 1999) ou na alínea e) do artigo 12.º do Regulamento de Disciplina Militar (AR, 2009).



A incerteza sobre os limites do uso da força por militares das Forças Armadas portuguesas em tempo de paz leva-nos a defender que esta matéria deveria estar disciplinada em lei especial.

Não significa este entendimento que uma lei dessa natureza deva ser exaustiva a ponto de se tornar inflexível. O que se preconiza, é que essa lei fixe os limites do uso da força, com base em critérios de necessidade e proporcionalidade, consagrando, por exemplo, os conceitos de intenção hostil e ato hostil, da doutrina da OTAN (2003), cuja abrangência é superior às causas de exclusão de ilicitude e culpa da lei penal comum.

Deste modo, ficariam clarificados os limites do uso da força por militares portugueses em operações nacionais que não sejam consideradas como conflito armado, sem mandato da ONU.

4. Análise

Após a interpretação e conceptualização do direito aplicável, é agora possível responder às PD, que se constituem como o corpo de resposta à PP.

PD 1 - Como proteger os militares portugueses de serem julgados em território estrangeiro no âmbito de missão de paz?

Considerando a falta de consenso sobre a existência de um costume que confira imunidade funcional às forças presentes num território estrangeiro, ainda que com o consentimento do respetivo Estado, a solução para um conflito de jurisdição, passa pela celebração de um acordo relativo ao estatuto das forças, que regule a jurisdição que lhes é aplicável.

PD 2 - Em que situações pode um militar português usar força em missão de paz?

A resposta a esta questão depende do enquadramento da missão:



- a. Quando as forças de uma missão de paz são parte de um conflito armado ou são ocupantes beligerantes em território estrangeiro, o DIH é-lhes aplicável, passando o militar português a deter o estatuto de combatente.
- b. Se a missão decorre fora do contexto de um conflito armado, o uso da força é regulado por:
 - mandato da ONU, se existir, que pode incluir todas as medidas necessárias para ser executado, articuladas com os princípios da proporcionalidade e necessidade;
 - causas de exclusão de ilicitude e culpa da lei penal comum, os artigos 2.º e 18.º da CRP, o DIDH e os princípios de necessidade e proporcionalidade.

Assim, considera-se agora possível induzir uma teoria, que se constitui como a síntese jurídica que materializa a resposta à PP.

PP: De que forma se pode garantir acesso a julgamento em Portugal e delimitar a lei aplicável ao uso da força para conferir certeza jurídica aos militares das Forças Armadas portuguesas em missões de paz em território estrangeiro?

O Estado português não deve enviar os seus militares para missões de paz sem que estes se encontrem abrangidos por um estatuto das forças que regule a jurisdição aplicável, em particular a atos praticados em serviço, de forma a garantir o seu acesso a julgamento em Portugal.

Quanto aos limites do uso da força, fora de situação de conflito armado e sem fundamento em mandato da ONU, não existe presentemente uma lei especial sobre o assunto. Não obstante se pugnar pela aplicação dos artigos 2.º e 18.º da CRP, dos direitos humanos e dos princípios de necessidade e proporcionalidade, para limitar o uso da força nessas situações, corre-se o risco de um juiz entender que os militares portugueses não podem agir além do que permite a lei penal comum, nomeadamente, no tocante às causas de exclusão de ilicitude e culpa. Para garantir aos militares certeza jurídica sobre o uso da força nestas situações, o Estado português deve aprovar uma lei clara, mas suficientemente flexível, que não deixe margem para dúvidas nem ao militar, nem ao juiz, sobre a utilização da força nessas circunstâncias.



Conclusões e recomendações

a. Desenvolvimento dos objetivos do estudo

O problema desta investigação centrou-se no estudo da forma de garantir certeza jurídica, que resulta do acesso a julgamento em Portugal e da delimitação da lei aplicável ao uso da força pelos militares portugueses em missões de paz.

A PP foi a seguinte: de que forma se pode garantir acesso a julgamento em Portugal e delimitar a lei aplicável para conferir certeza jurídica aos militares das Forças Armadas portuguesas em missões de paz em território estrangeiro?

Considera-se que esta investigação atingiu o seu objetivo geral, pois permitiu identificar formas de garantir acesso a julgamento em Portugal, assim possibilitando a aplicação da lei nacional aos militares portugueses em missões de paz, conferindo-lhes certeza jurídica quando fazem uso da força.

Por outro lado, foram atingidos os objetivos específicos, tendo-se identificado:

- O estatuto jurídico dos militares das Forças Armadas portuguesas em missões de paz no estrangeiro;
- As situações em que um militar das Forças Armadas portuguesas pode usar força em missões de paz no estrangeiro.

b. Método científico e modelo de análise

A investigação seguiu um percurso metodológico conforme à NEP/ACA – 010 (IESM, 2014), tendo-se optado pelo método jurídico, enquadrado numa estratégia qualitativa. Assim, procedeu-se à análise da lei, doutrina e jurisprudência, tendo-se procurado transformar o direito numa síntese simplificada.

c. Discussão dos resultados

Importa avaliar os resultados obtidos.



(1) Jurisdição

É comum a perceção que as *ROE*, *per se*, garantem, a quem as cumpra, a isenção de responsabilidade criminal. Porém, as *ROE* são apenas diretivas sobre uso da força, que só garantem isenção de responsabilidade criminal quando assentes num trabalho jurídico *a priori*, que garanta a sua conformidade com a jurisdição e lei aplicáveis.

Assegurar, tanto quanto possível, que os militares portugueses ficam sujeitos à jurisdição nacional sobre atos de serviço, permite que as *ROE* sejam conformes à lei portuguesa e correspondam às expectativas dos militares, conferindo-lhes um maior grau de certeza. De facto, se os militares ficarem sujeitos a julgamento em tribunais do Estado anfitrião, poderão ser responsabilizados pela lei local e se as *ROE* não forem também conformes a essa lei, o seu cumprimento de pouco servirá para isentar o militar de responsabilidade.

Embora não se tenha encontrado um caso em que um Estado anfitrião tenha exercido jurisdição criminal sobre um membro das forças visitantes sem que tal estivesse previsto em tratado, não existe consenso sobre a existência de um costume internacional que garanta a jurisdição do Estado de origem. Assim, a jurisdição aplicável varia consoante a tipologia da missão de paz. Porquanto, conclui-se que a forma mais eficaz de a fixar é através da celebração de estatutos das forças com o Estado anfitrião.

Para o Estado português, esta solução merece as seguintes ressalvas:

- Em primeiro lugar, sem prejuízo do entendimento que é vantajosa a celebração de estatutos das forças pelas organizações internacionais em que os militares portugueses estão integrados, importa salvaguardar eventuais especificidades relativas aos interesses nacionais, o que não tem sucedido, ao contrário de outros Estados membros;

- No tocante a missões nacionais em território estrangeiro, nomeadamente operações *NEO*, a morosidade do processo de celebração de um *SOFA* pelos órgãos de soberania competentes pode ser incompatível com as necessidades imediatas de uma operação.



(2) Delimitação da lei criminal aplicável

Identificada a forma de garantir a aplicação da jurisdição portuguesa, foram apresentadas as seguintes fontes de delimitação do uso da força, cujo conhecimento cabal por parte dos militares é crucial para o sucesso da missão:

- O DIH, quando as forças de uma missão de paz são parte de um conflito armado ou são ocupantes beligerantes de em território estrangeiro;
- O DIDH no tocante ao uso da força mínima;
- O mandato da ONU, articulado com os princípios da necessidade e proporcionalidade;
- As causas de exclusão de ilicitude e culpa, os artigos 2.º e 18.º da CRP, e os princípios de necessidade e proporcionalidade. Esta solução não é pacífica, porque, não existindo lei especial sobre esta matéria, admite-se que o militar e o juiz possam ter dúvidas quanto a estes limites.

d. Recomendações

Recomenda-se ao Estado-Maior-General das Forças Armadas (EMGFA) que pugne para que:

- Os acordos de jurisdição celebrados pela OTAN e pela UE sejam analisados por Portugal, com vista a determinar se é necessária a celebração de acordo separado com o Estado anfitrião;
- Seja celebrado um acordo sobre estatuto de forças militares ao nível da CPLP, como existem com a OTAN e a UE, para vigorar mesmo sem existirem operações em curso.
- Seja aprovada lei regulando os limites do uso da força por militares das Forças Armadas portuguesas em tempo de paz.



Bibliografia

AN, 1955. Aprova, para ratificação, as Convenções entre os Estados Partes no Tratado do Atlântico Norte relativas ao Estatuto das suas Forças, ao Estatuto da Organização do Tratado do Atlântico Norte (Resolução da Assembleia Nacional, 3 agosto). Lisboa: Diário do Governo.

Andrade, M., 1963. *Ensaio sobre teoria da interpretação das leis*. 4.^a edição ed. Coimbra: Arménio Amado.

AR, 1989. Lei das Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar (Lei n.º 11/89, de 1 de junho). Lisboa: Diário da República.

AR, 1997. Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Resolução n.º 21/97, de 3 de maio). Lisboa: Diário da República.

AR, 1998. Convenção e o Protocolo Adicional entre os Estados Partes do Tratado do Atlântico Norte e os Outros Estados Que Participam na Parceria para a Paz sobre o Estatuto das Suas Forças, concluídos em Bruxelas em 19 de Junho de 1995 (Resolução n.º 71/98, de 23 de outubro). Lisboa: Diário da República.

AR, 1998. Convenção sobre a Segurança das Nações Unidas e Pessoal Associado (Resolução n.º 39/98, de 14 de maio). Lisboa: Diário da República.

AR, 1998. Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (Resolução n.º 38/98, de 14 de maio). Lisboa: Diário da República.

AR, 2002. Aprova o Estatuto Jurídico da EUROFOR (Resolução n.º 18/2002, de 8 de março). Diário da República.

AR, 2002. Aprova, para ratificação, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aberto à assinatura dos Estados em Roma, em 17 de Julho de 1998 (Resolução n.º 3/2002, de 18 de janeiro). Lisboa: Diário da República.

AR, 2003. Aprova, para adesão, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Resolução n.º 67/2003, de 7 de agosto). Lisboa: Diário da República.



AR, 2003. Código de Justiça Militar (Lei n.º 100/2003, de 15 de novembro). Lisboa: Diário da República.

AR, 2004. Estatuto do Pessoal Militar e Civil Destacado no Estado-Maior da União Europeia (Resolução n.º 85/2004, de 29 de dezembro). Lisboa: Diário da República.

AR, 2004. Lei Penal relativa às violações do direito penal humanitário (Lei n.º 31/2004, de 22 de julho). Lisboa: Diário da República.

AR, 2008. Aprova o Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007 (Resolução n.º 19/2008, de 19 de maio). Lisboa: Diário da República.

AR, 2008. Lei de Segurança Interna (Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto). Lisboa: Diário da República.

AR, 2009. Regulamento de Disciplina Militar (Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de julho). Lisboa: Diário da República.

AR, 2014. Lei de Defesa Nacional (Lei Orgânica n.º 1-B//2009, de 7 de julho, alterada pela Lei Orgânica n.º 5/2014, de 29 de agosto de 2014). Lisboa: Diário da República.

Ascensão, J. d. O., 1993. *O Direito - Introdução e Teoria Geral*. Coimbra: Almedina.

Assembleia Constituinte, 1976. Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Diário da República.

Assembleia da República, 2002. Aprova, para ratificação, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aberto à assinatura dos Estados em Roma, em 17 de Julho de 1998 (Resolução n.º 3/2002, de 18 de janeiro). Lisboa: Diário da República.

Baptista, E. C., 2003. *O poder público bélico em direito internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial*. Almedina: Coimbra.

Batalhão, C., 2015. *Novo Código do Procedimento Administrativo*. Porto: Porto Editora.

Bowett, D., 1986. *The use of force for the protection of nationals abroad*. [Em linha] Disponível em:

<https://books.google.pt/books?id=0jNCMwZN2c4C&pg=PA39&lpg=PA39&dq=derek+bowett+the+use+of+force+for+the+protection+of+nationals+abroad&source=bl&ots=I2spM>



o67XK&sig=8av2LHxjirqNJwAqkpvAUJm9u88&hl=pt-PT&sa=X&ei=zzHhVNGEC4GrU5b6gdgB&ved=0CDMQ6AEwAg#v=onepage
[Consult. 15 fev. 2015].

Branco, C. M., 2009. A participação de Portugal em operações de paz. Êxitos, problemas e desafios.. *E-cadernos CES*, [Em linha]. Disponível em: <http://eces.revues.org/1177?file=1>, [Consult. 1 Nov. 2014].

Branco, C. M., Garcia, F. P. & Pereira, C. S. edits., 2010. *Portugal e as operações de paz - Uma visão multidimensional*. Lisboa: Prefácio.

Bryman, A., 2012. *Social Research Methods*. 4.^a edição ed. s.l.:Oxford University Press.

Canaris, C. W., 1996. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2.^a Edição ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Carreira, J. S., 2004. *O Direito Humanitário, as regras de empenhamento e a condução das operações militares*, Lisboa: ISNG.

CEMGFA, 2010. *Diretiva Operacional N.º 004 /CEMGFA*. s.l.:s.n.

Clark, R. S., 2015. *Peacekeeping forces, jurisdiction and immunity: a tribute to George Barton*. [Em linha]

Disponível em: <http://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/vuwlr/prev-issues/pdf/vol-43-2012/issue-1/09-Clark.pdf>

CM, 1966. Código Civil (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro). Lisboa: Diário da República.

CM, 1968. Convenção sobre Relações Diplomáticas, aprovada, para ratificação, pelo Decreto-Lei n.º 48 295, de 27 de março. Lisboa: Diário da República.

CM, 1972. Aprova a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, celebrada em 24 de abril de 1963 (Decreto-Lei n.º 183/72, de 30 de Maio). Lisboa: Diário da República.

CM, 1995. Aprova o Código Penal (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março). Lisboa: Diário da República.

CM, 1995. Aprova o Código Penal (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março). Lisboa: Diário da República.



CM, 1999. Aprova o Estatuto dos Militares das Forças Armadas (Decreto-Lei n.º 236/99, de 25 de junho). Lisboa: Diário da República.

CM, 1999. Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de novembro. Lisboa: Diário da República.

Conselho de Ministros, 1966. Código Civil (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro). Diário da República.

CM, 1995. Aprova o Código Penal (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março). Lisboa: Diário da República.

Cravinho, J. G., 2010. A campanha portuguesa para o Conselho de Segurança. *Relações Internacionais*. [Em linha]

Disponível em: http://www.ipri.pt/publicacoes/revista_ri/pdf/RI28_Artg1_JGC.pdf

[Consult. 25 jan. 2015]

Dias, A. S., 2009. Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado. *Que futuro para o direito Processual Penal?* [Em linha]

Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1363114454.pdf

[Consult. 25 jan. 2015].

Dias, A. S., 2009. *Torturando o inimigo ou libertando a garrafa do génio do mal? Sobre a tortura em tempo de terror*. [Em linha]

Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1342125881.pdf

[Consult 25 jan. 2015].

Dias, F., 2012. *Direito Penal - Parte Geral*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

DN, 2015. Tribunal da Índia condena Abu Salem a prisão perpétua. 25 fev. [Em linha]

Disponível em: http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=4420287

[Consult. 20 mai. 2015]

EMGFA, 2014. *Participação Militar em Missões Nacionais de Interesse Público e Missões no Estrangeiro* [Em linha]

Disponível em: <http://www.emgfa.pt/pt/operacoes/partnac>



[Consult. 3 novembro 2014].

Ferrara, F., 1921. *Interpretação e aplicação das leis*. 4.^a edição ed. Roma: Almedina.

Ferreira, M. C., 1992. *Lições de direito penal*. Lisboa: Editorial Verbo.

Fleck, D., 2001. *The handbok of the law of visiting forces*. Oxford: Oxford University Press.

Gill, T. D. & Fleck, D. edits., 2010. *The handbook of international law of military operations*. Oxford: Oxford University Press.

Henckaerts, J.-M. & Doswald-Beck, L., 2005. *Direito Humanitário Internacional Consuetudinário*. s.l.:Cambrige University Press.

ICJ, 2015. *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. [Em linha]

Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1837.pdf>

IESM, 2012. *NEP ACA 018 - Normas de apresentação e referenciação para os trabalhos escritos a realizar no IESM*. Lisboa: IESM.

IESM, 2014. *NEP ACA-10 - Trabalhos de Investigação*. Lisboa: IESM.

IESM, 2014. *Orientações metodológicas para a elaboração de trabalhos de investigação*. Lisboa: IESM.

MDN, 2014. *Defesa: Portugal e Timor-Leste estreitam relações na área da Defesa*. [Em linha]

Disponível em: <http://www.defesa.pt/Paginas/portugaletimorlesteestreitamrelacoesnaareadadefesa.aspx>

[Consult. 14 dez 2014].

Messineo, F., 2012. *Gentlemen at home, hoodlums elsewhere? The Cambridge Law Journal*, 12 mar.pp. 15-18.

Miranda, J., 1988. *Manual de Direito Constitucional - tomo III*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.



MNE, 1949. *Carta de ratificação e confirmação do Tratado do Atlântico Norte*. Lisboa: Diário do Governo, 26 setembro, pp. 687-692.

MNE, 1978. *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (Aviso n.º 57/78, de 9 de março). Lisboa: Diário da República.

MNE, 1991. *Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, em 1945* (Aviso n.º 66/91, de 22 de maio). Lisboa: Diário da República.

ONU, 1974. *Resolution 739*. [Em linha]
Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>
[Consult. 16 fev. 2015].

ONU, 1974. *Resolution 739*. [Em linha]
Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/794\(1992\)t](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/794(1992)t)
[Consult. 16 fev. 2015].

ONU, 1990. *UN Model of Status of Forces Agreement*. [Em linha]
Disponível em: <http://www.ilsa.org/jessup/jessup09/basicmats/UNsofa.pdf>
[Consult. 29 01 2015].

ONU, 1992. *Agenda para a Paz*. [Em linha]
Disponível em: <http://www.un-documents.net/a47-277.htm>
[Consult. 29 01 2015].

ONU, 1995. *Suplemento da Agenda para a Paz*. [Em linha]
Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/docs/50/plenary/a50-60.htm>
[Consult. 29 01 2015].

ONU, 2014. *UN peacekeeping operations*. [Em linha]
Disponível em: <http://www.un.org/en/peacekeeping/operations/surge.shtml>
[Consult. 20 Out. 2014].

OTAN, 2001. *Allied Joint Doctrine AJP – 01(D), DEC 2001*. s.l.:OTAN.

OTAN, 2003. *MC 362/1*. s.l.:s.n.



OTAN, 2010. *AJP 3.4*. s.l.:s.n.

OTAN, 2013. *AAP_6 NATO Glossary of Terms and Definitions*. 2013 ed. s.l.:OTAN.

PCM, 2003. *Conceito Estratégico de Defesa Nacional* (Resolução n.º 6/2003). Lisboa: Diário da República.

PCM, 2013. *Conceito estratégico de Defesa Nacional* (Resolução do Conselho de Ministros n.º 19/2013). Lisboa: Diário da República.

Pereira, G. A. & Q. F. d., 1993. *Manual de Direito Internacional Público*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina.

Perry, W., 1995. *The ethical use of military force*. U.S. Naval Academy, Annapolis, s.n.

Pierini, J. P., 2007. *Rules of Engagement, Status of forces agreements and criminal law*. Toledo, s.n.

Pinto, M. d. C., 2011. *As tendências internacionais e a posição de Portugal*. s.l., s.n., p. 2.

Prata, V. M. G., 2012. *A Justiça Militar e a Defesa Nacional*. Lisboa: Coisas de Ler.

Quivy, R., 2005. *Manual de Investigação em Ciências Sociais*. 4 ed.. Lisboa: Gradiva.

Rodrigues, A. R., 2012. A revisão do Conceito Estratégico de Defesa Nacional. *Revista Militar*, Outubro, pp. 925-933.

Schutter, O. d., 2014. *International Human Rights Law - cases, materials, commentary*. s.l.:Cambridge University Press.

Secretariat of the United Nations, 2004. *Letter to the Chair of the Special Committee on Peacekeeping Operations, United Nations, regarding immunities of civilian police and military personnel*. [Em linha].

Secretário-geral da ONU, 1999. [Em linha]
Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/unobservance1999.pdf>
[Consult. 2 jan. 2015].

Silva, G. M. d., 1996. *Curso de Direito Penal I*. 3.ª Edição ed. s.l.:Editorial Verbo.

Sousa, F. X. F. d., 2011. A Participação de Portugal nas Operações de Paz e a Segurança Nacional. *Revista Militar*, Fevereiro/Março, p. 282.



Stafford, W. A., 2000. *How to keep military personnel from going to jail for doing the right thing: jurisdiction, ROE & Rules of Deadly Force*. [Em linha] Disponível em: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/11-2000.pdf [Consult. 14 dez. 2014].

Thomson, A., 2012. *Doctrine of the Protection of Nationals Abroad: Rise of the Non-Combatant Evacuation Operation*. [Em linha] Disponível em: http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1414&context=law_globalstudies [Consult. 15 fev. 2015].

TIJ, 1980. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)* [Em linha] Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=334&p1=3&p2=3&case=64&p3=5> [Consult. 19 jan. 2015].

US Supreme Court, 1812. *Supreme Justia*. [Em linha] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/116/case.html> [Consult. 13 dez. 2014].

Vicente, D. M. V. e. a., 2012. *Estudos de Direito Aéreo*. Coimbra: Coimbra Editora.

Worster, W., 2008. *Immunities of United Nations Peacekeepers in the absence of a Status of Forces Agreement*. [Em linha] Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1407529 [Consult. 27 12 2014].



Apêndice A - Taxinomia das missões de paz

O primeiro aspeto que se procurou na literatura existente sobre missões de paz foi a respetiva taxinomia, tendo-se verificado que não é uniforme. Conforme Branco (2010, p. 115), utilizámos os termos “missões” e “operações” indistintamente ao longo desta investigação, não obstante a CRP e a LDN, preferirem o termo “missões”. Justifica-se esta opção porque “A evolução do conceito e a proliferação de definições não tem facilitado a adopção de um léxico universalmente aceite.” (Branco, et al., 2010, p. 115). De facto, ONU, NATO e UE utilizam diferentes taxinomias de missões de paz, que importa conhecer.

Os instrumentos para a paz e segurança da ONU (1992) (1995) são: diplomacia preventiva e pacificação (*peacemaking*); manutenção de paz (*peacekeeping*); consolidação da paz; desarmamento; sanções; e ações de imposição.

A OTAN (2010) considera dois tipos de operações: operações de defesa coletiva, ao abrigo do artigo 5.º do Tratado do Atlântico Norte (MNE, 1949), e operações de resposta a crises (*Crisis Response Operations – CRO*), designadas por *Non-Article 5 Crisis Response Operations (NA5CRO)*. As *NA5CRO* subdividem-se em operações de apoio à paz e outras *NA5CRO*. No que concerne às operações de apoio à paz, a OTAN considera a prevenção de conflitos, a manutenção de paz, a consolidação da paz, a pacificação (*peacemaking*), operações humanitárias e imposição de paz (*peace enforcement*).

A OTAN (2010) prevê também o emprego das suas forças em outras *NA5CRO* onde se inclui o apoio a operações humanitárias, socorro a catástrofes, busca e salvamento, apoio a *NEO*, operações de extração, apoio e ajuda militar a autoridades civis e imposições de embargos (embargos, interdições marítimas e *No-Fly-Zones*).

A literatura oficial da UE refere-se sistematicamente a gestão de crises ao invés de operações de paz, por não ser consensual a utilização de meios militares (Branco, et al., 2010, p. 135). Com as alterações introduzidas no Tratado da UE em 2007 (AR, 2008), o artigo 42.º e o artigo 43.º preveem: “missões no exterior a fim de assegurar a manutenção da paz, a prevenção de conflitos e o reforço da segurança internacional”, incluindo “ações conjuntas em matéria de desarmamento, as missões humanitárias e de evacuação, as missões de aconselhamento e assistência em matéria militar, as missões de prevenção de conflitos e de manutenção da paz, as missões de forças de combate para a gestão de crises, incluindo as missões de restabelecimento da paz e as operações de estabilização no termo dos conflitos.”



Apêndice B - Contextualização da participação portuguesa em missões de paz

Com o final da guerra fria, marcado pela queda do muro de Berlim, na noite de 9 de novembro de 1989, o paradigma da conflitualidade mundial alterou-se, passando de interestadual para intraestadual. *Mutatis mutandis*, as operações de manutenção de paz da Organização das Nações Unidas (ONU) aumentaram exponencialmente, tendo o número de militares em forças de manutenção da paz passado de 11,000 para 75,000, entre 1989 e 1994 (ONU, 2014). Por outro lado, as missões de paz deixam de ser monopólio da ONU, passando a ser conduzidas também por organizações regionais e Estados organizados em coligações. (Branco, 2009, p. 120)

Durante a década de 60 do século passado até à revolução do 25 de abril de 1974, Portugal esteve focado na guerra colonial, e nos anos que se seguiram, na resolução da sua situação interna (Pinto, 2011). Neste contexto, não obstante alguns autores aludirem à participação na operação denominada “*United Nations Observation Group in Lebanon - UNOGIL*”, em 1958 (Sousa, 2011, p. 11), pode afirmar-se que é no pós-guerra fria, com as consequentes alterações sofridas na conjuntura internacional, que Portugal reviu as suas opções estratégicas.

De facto, da análise das tabelas publicadas pela ONU (2014), verifica-se que é nos anos 90 que Portugal inicia a sua participação mais ativa em missões de paz, atribuindo alguns autores esse recrudescimento à tomada de consciência das vantagens resultantes em termos de influência nos fóruns de decisão internacional (Pinto, 2011; Branco, 2009).

A propósito da importância da participação das Forças Armadas neste tipo de missões, o General Soares Carneiro, antigo Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas, afirmou: “Vivemos um tempo de paz em que as Forças Armadas serão cada vez mais um instrumento da política externa do Estado. Diremos, até, que o peso específico da política externa de cada País é frequentemente medido pela capacidade de integrar meios Militares nacionais em Forças multinacionais, em cumprimento das missões legitimadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Quem não aparece não conta.”. (1993 cit. por Sousa, 2011, p. 19)

Efetivamente, entre outubro de 1989 e janeiro de 2000, Portugal ascendeu ao estatuto do país da Europa que contribuía com o maior número de efetivos para as missões de paz. Em Dezembro de 1998, Portugal era o 27.º num total de 75, na lista de contribuintes de forças para a ONU. Em 31 de Março de 2000, Portugal já detinha o 10.º lugar num total de 82 países (Sousa, 2011, p. 15).

A participação significativa das Forças Armadas portuguesas em missões de paz da Nações Unidas não terá sido despicienda para a eleição de Portugal como membro não permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas nos biénios de 1997/1998 e 2011/2012 (Cravinho, 2010). Portugal tem participado igualmente em missões de outras organizações, nomeadamente as da UE e as da OTAN.

A participação das Forças Armadas portuguesas nestas missões merece, inclusivamente, consagração constitucional. Vários preceitos da CRP legitimam, desde a sua redação original de 1976, a participação portuguesa em missões de paz, nomeadamente o n.º 3 do artigo 8.º. Contudo, a revisão constitucional de 1997 introduziu o n.º 5 do artigo 275.º da CRP que prevê expressamente que “Incumbe às Forças Armadas, nos termos da lei, satisfazer os compromissos internacionais do Estado português no âmbito militar e participar em missões humanitárias e de paz assumidas pelas organizações internacionais de que Portugal faça parte.”



A progressiva importância conferida às missões internacionais encontra-se bem patente no novo Conceito Estratégico de Defesa Nacional (Presidência do Conselho de Ministros, 2013), onde “defender a posição internacional de Portugal” surge primeiro que “defender o território”, ao contrário do que sucedia com o anterior Conceito Estratégico de Defesa Nacional (Presidência do Conselho de Ministros, 2003)

Esta opção é facilmente compreensível. Segundo Rodrigues (2012): “Temos um contexto em que as ameaças, ao contrário do passado, já não se avaliam pela maior ou menor proximidade geográfica; avaliam-se sobretudo pelo risco, direto ou indireto, que representam e isso, num mundo globalizado, já não depende de distâncias.”

Evidência da relevância destas missões para Portugal é o facto de, segundo o EMGFA (2014), mais de 33 000 militares portugueses já terem participado em missões internacionais, entre 1991 e 2013. Num contexto em que a participação nacional em missões internacionais, *maxime*, de paz, assume especial relevo para os interesses nacionais, a devida proteção jurídica dos militares, não pode ser descurada.



Apêndice C - Base concetual

Deu-se especial ênfase à base concetual, uma vez que, conforme ensina Cordeiro, na introdução à obra de Canaris (1996, p. LIV), “A apreensão hermenêutica da realidade – para o caso, da realidade jurídica – só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela usada.”

Esta base concetual não foi extraída por via dedutiva, mas “no inter-relacionar das regras com os factos.” (Canaris, 1996, p. LXI). Tão-pouco foram os conceitos explicitados em dimensões, variáveis e indicadores, uma vez que a pesquisa do sistema jurídico não se pretende mensurável, antes correspondendo a uma ordenação valorativa de ordem teleológica, onde a moral está presente (Canaris, 1996, p. XXXIII).

- **Jurisdição** – Conceito definido no Apêndice E.

- **Competência** – “A medida de jurisdição atribuída a cada tribunal chama-se competência.” (Silva, 1996, p. 142) Ou seja, um tribunal julga determinada causa quando a lei lhe atribui competência para o efeito.

- **Lei aplicável** – Os tribunais portugueses podem julgar crimes cometidos no estrangeiro a que seja aplicável a lei portuguesa, nos termos dos artigos 5.º e 6.º do CP. Neste caso não se trata de uma questão de competência, mas de delimitação da lei aplicável. “Sendo aplicável a lei penal portuguesa os tribunais portugueses são competentes para julgar e a questão da determinação do tribunal português competente obedecerá às regras gerais e especiais estabelecidas para a delimitação da competência na ordem interna. (Silva, 1996, p. 146). Um tribunal português pode ser competente para julgar um crime de acordo com a lei penal e a lei processual penal, podendo suceder que uma convenção internacional determine a perda dessa competência. Também pode suceder o oposto, ou seja, que uma convenção internacional atribua competência aos tribunais portugueses que não lhes caberia nos termos da lei penal e processual penal;

- **Legítima defesa** – O conceito nacional de legítima defesa encontra-se consagrado no artigo 35.º do CP: “Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro.”

Importa também conhecer o conceito de legítima defesa do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Assembleia da República, 2002), fixado nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 31.º, já que, em certas circunstâncias, também pode ser aplicado aos militares portugueses: “Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O facto de participar numa força que realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea;”



Apêndice D – Estratégia qualitativa e método jurídico

Seguindo o percurso metodológico aconselhado por Bryman (2012, p. 35), é importante começar por definir a estratégia de uma investigação, no sentido quantitativo, qualitativo ou misto. De acordo com este autor, as estratégias qualitativa e quantitativa diferenciam-se pela orientação do papel da teoria na relação com a pesquisa e pelas orientações epistemológica e ontológica da pesquisa (Bryman, 2012, p. 36).

Cumprir analisar cada uma destas três vertentes, de forma a optar pela estratégia adequada a esta investigação, tendo presente a sua natureza jurídica.

A estratégia quantitativa assenta na abordagem dedutiva à relação entre teoria e pesquisa, ou seja, o investigador parte do que é conhecido acerca de um determinado assunto e deduz uma hipótese que é sujeita a um escrutínio empírico (Bryman, 2012, p. 24). Em oposição, a estratégia qualitativa é indutiva, onde a ênfase é dada à geração de uma teoria (Bryman, 2012, p. 36). Neste sentido, “verifica-se que o raciocínio indutivo faz-se do particular para o geral. Na primeira fase tem lugar a observação do fenómeno, na segunda categorizam-se as observações, enquanto na terceira são formuladas as hipóteses, que posteriormente são confirmadas na quarta fase.” (IESM, 2014, p. 13).

Ora, conforme ensina Canaris (1996, p. 30): “a tentativa de conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal ou axiomático-dedutivo está, de antemão, votada ao insucesso.” De fato, considera-se superado o jus-racionalismo kantiano (fundamentado no geral-abstrato, que só pode levar a resultados através do empirismo), pela dialética hegeliana, centrada em institutos concretos (Canaris, 1996, p. XVIII). Neste sentido, escreveu Ferrara (1921, p. 182) que “O jurisconsulto necessita de um poder de concepção e de abstracção, da faculdade de transformar o concreto em abstracto.”

Assim, com a presente investigação pretende-se, através da hermenêutica do sistema jurídico, induzir uma teoria, ou pelo menos hipóteses, que permitam responder à pergunta de partida, como é próprio da estratégia qualitativa.

No que toca à orientação epistemológica, a estratégia quantitativa postula o positivismo (Bryman, 2012, p. 36). Ora, desde o século XX que os juristas rejeitam o positivismo jurídico, que os limitava à exegese da lei escrita (Ascensão, 1993). Conforme ensina Cordeiro, na introdução que faz à obra de Canaris (Canaris, 1996, p. XX), acerca do positivismo jurídico, o positivismo soçobra em aspetos decisivos, nomeadamente “não admite – não pode admitir – a presença de lacunas. E quando, levado pela evidência, acabe por aceitá-las, não apresenta para elas qualquer solução material”.

Por oposição, a orientação epistemológica própria da estratégia qualitativa é a interpretação (Bryman, 2012, p. 36). Ora, conforme afirmava Andrade (1963) “Interpretar as leis constitui a primeira tarefa dos juristas”, pelo que a interpretação se adequa em pleno a uma investigação jurídica, como é o caso da presente.

Finalmente no que toca à orientação ontológica, a estratégia qualitativa requere objetivismo, que implica a visão da realidade como um conjunto de factos para além da influência dos atores sociais (Bryman, 2012, p. 33). Já a estratégia qualitativa preconiza uma posição ontológica construtivista, segundo a qual os fenómenos sociais são continuamente influenciados pelos atores sociais, donde, o conhecimento é sempre indeterminado e em constante mutação, sendo as perceções dos investigadores construções de uma versão da realidade (Bryman, 2012, p. 33).

O pensamento jurídico é construtivista, conforme ensina Andrade (1963, p. 17): “não há por força uma única interpretação acertada, sempre a mesma em toda a vigência da lei,



antes pode haver duas ou mais interpretações igualmente boas, cada uma a seu tempo (...) senão que está sujeita a mudar com o curso das ideias e as vicissitudes da realidade circundante“. Também neste sentido, nos diz Ferrara (1921, p. 178) que a construção jurídica é a “fase mais alta da elaboração teórica do material de direito (...)”.

Tal como postulado pela estratégia qualitativa (IESM, 2014, p. 18), a pesquisa do sistema jurídico não se pretende mensurável, antes correspondendo a uma ordenação valorativa de ordem teleológica, onde a moral está presente. (Canaris, 1996, p. XXXIII). O corolário lógico desta análise é, indubitavelmente, que a estratégia desta investigação deverá ser qualitativa.

Definida a estratégia de investigação, Bryman (2012, p. 45) recomenda que se selecione um tipo de pesquisa, com vista a conferir confiança e validade ao estudo, de acordo com o foco de prioridade que se pretende, nomeadamente, se incide nas relações causais entre variáveis, na generalização a grupos maiores de indivíduos do que os que formam parte da investigação, na compreensão de um comportamento ou na perceção de um fenómeno.

Contudo, é entendimento que nenhum dos tipos de pesquisa postulados por Bryman (2012, p. 46) se adequa a um estudo de direito. Em direito, não é possível realizar experimentação, não se colige um conjunto de informação quantitativa e qualificável (como nas pesquisas transversal e longitudinal). Poderia equacionar-se o “design” de estudo de caso ou o estudo comparativo, contudo, tão-pouco são apropriados, uma vez que não se vai observar um caso, nem comparar dois ou mais casos, mas construir uma tese com base na hermenêutica do ordenamento jurídico.

Assim, esta investigação segue o método jurídico, enquadrado numa estratégia qualitativa.



Apêndice E – Aplicabilidade da jurisdição portuguesa a crimes praticados por militares portugueses

A origem etimológica da palavra “jurisdição” é a expressão latina *jus dicere*, que significa, *ad litteram*, dizer o direito, ou seja, compete ao Estado, através dos seus tribunais, dirimir os conflitos determinando o direito aplicável (Silva, 1996).

A jurisdição penal refere-se à atividade da justiça exercida pelos tribunais, como função soberana do Estado, nos termos do artigo 202.º da CRP. A jurisdição penal integra o conjunto de poderes e deveres que resulta na declaração de que um determinado facto é um crime e que o arguido é por ele penalmente responsável, resultando ou não na aplicação ao agente de uma pena ou medida de segurança. A função jurisdicional encontra-se repartida pelos tribunais existentes, cabendo, no tocante ao processo penal, ao Tribunal Constitucional, aos tribunais judiciais e aos tribunais militares, quando constituídos (Silva, 1996, p. 136).

Para aferirmos da aplicabilidade da jurisdição portuguesa a eventuais crimes praticados por militares portugueses nestas missões, importa analisar a legislação penal²⁰.

No que concerne aos crimes de natureza estritamente militar relacionados com o empenhamento das Forças Armadas em missões de apoio à paz, ou seja, factos lesivos dos interesses militares da defesa nacional e dos demais que a CRP comete às Forças Armadas (AR, 2003, artigo 1.º, n.º 2, e artigo 9.º), o CJM dispõe no n.º 1 do artigo 3.º que: “Salvo tratado ou convenção internacional em contrário, as disposições deste Código são aplicáveis quer os crimes sejam cometidos em território nacional quer em país estrangeiro”²¹.

Ou seja, a legislação penal é suficientemente abrangente para que os tribunais portugueses se considerem competentes para julgar militares portugueses, por factos praticados em serviço no âmbito de missão militar de paz no estrangeiro. Contudo, tal não garante o exercício da jurisdição portuguesa, porque os tribunais do Estado onde decorre a missão podem entender exercer a sua jurisdição, não sendo pacífica a existência de um princípio costumeiro de imunidade das forças militares visitantes.

20 Em causa não está uma questão de competência, mas de delimitação da lei aplicável. “Sendo aplicável a lei penal portuguesa os tribunais portugueses são competentes para julgar e a questão da determinação do tribunal português competente obedecerá às regras gerais e especiais estabelecidas para a delimitação da competência na ordem interna.” (Silva, 1996, p. 146).

21 No tocante aos crimes comuns, nos termos da alínea b) do artigo 4.º do CP, a lei penal portuguesa é aplicável a factos praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas, sendo que alguma doutrina entende que os navios e aeronaves militares são abrangidos diretamente pela alínea a) deste preceito (Vicente, 2012). Também é de referir o disposto nos artigos 5.º e 6.º do CP, nos termos dos quais os tribunais portugueses podem julgar crimes cometidos no estrangeiro por portugueses, sempre que estes sejam encontrados em Portugal e os factos forem também puníveis na legislação do lugar em que tiverem sido praticados, salvo quando nesse lugar não se exercer poder punitivo.

No que se refere ao DIH, a Lei Penal relativa às violações do direito penal humanitário (AR, 2004), contém regras especiais.