
ESTUDOS
DE HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
JORGE MIRANDA

VOLUME V

DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E DIREITO MARÍTIMO
DIREITO FINANCEIRO E DIREITO FISCAL

EDIÇÃO
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA

Coimbra Editora

2012

REFLEXÕES EM TORNO DA PRIVATIZAÇÃO DOS CONFLITOS ARMADOS

MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA (*)

1. OS CONTORNOS DA SITUAÇÃO

Actualmente, deparamo-nos com um novo fenómeno no decurso dos conflitos armados ou, quando menos, em boa parte deles. Referimo-nos à contratação, pelos Estados (mas não só, como veremos), de empresas militares privadas e de segurança privadas ⁽¹⁾ para levar a cabo operações militares ou operações intrinsecamente associadas às funções militares, anteriormente realizadas exclusivamente por membros das suas forças armadas — o que conduziu à afirmação do princípio do monopólio estadual do uso da força —, suscitando novos problemas, até porque o enquadramento jurídico da sua actuação está longe de ser claro.

É sabido que, de há muito, ONGs, organizações internacionais e mesmo Estados se sentem na necessidade de contratar empresas para garantir a segurança dos seus agentes ⁽²⁾ e/ou para prestar apoio (logístico ou outro) às suas forças armadas, no caso dos Estados, não suscitando esta actividade problemas de maior, até porque os membros dessas empresas, a usarem a força, fá-lo-iam em auto-defesa e, portanto, licitamente. No entanto, o caso muda de figura quando

(*) Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

(1) Abreviadamente referidas como EMSP, que podem ser entendidas como empresas que oferecem serviços especializados relacionados com guerra e conflito, incluindo operações de combate, planeamento estratégico, recolha de informações, apoio operacional e logístico, treino, compras e manutenção (cf. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, se2.dcaf.ch/serviceengine/Files/DCAF/18412/ipublicationdocument_singledocument/53bae483-6899-4642-a9eb-2f904473f3b9/en/bg_private-military-companies.pdf). Por nós e dado o objecto deste trabalho, interessam-nos apenas as actividades atinentes à participação directa em conflitos armados ou em intrínseca conexão com os mesmos, pelo que referiremos preferentemente estas empresas como empresas militares privadas (EMPs).

(2) Por exemplo, dos agentes diplomáticos do Estado ou do pessoal de ONGs ou organizações internacionais com vista a prosseguir os seus objectivos (nomeadamente, de assistência humanitária).

somos confrontados, de forma crescente, com situações em que empresas são contratadas para o exercício de funções militares e, concretamente, para participarem directamente em conflitos armados ou desenvolverem actividades intrinsecamente ligadas às funções militares (como designadamente interrogar prisioneiros, no contexto de conflitos armados) ⁽³⁾. Estamos, portanto, perante uma situação diferente, em que os Estados “delegam” em empresas privadas o exercício de competências inerentes à sua soberania, como são as do uso da força e da segurança ⁽⁴⁾. Sublinhe-se, contudo, que se há Estados a contratar estas empresas, há também aqueles que recusam esse tipo de actuação e adoptam medidas com vista a proibi-la ⁽⁵⁾.

Sendo certo que tal situação já se verificara em alguns casos esparsos durante a guerra fria ⁽⁶⁾, depois de esta ter o seu fim há um aumento exponencial do fenómeno ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Embora se mantenham os dois tipos de funções. Aliás, este é um factor que dificulta o apuramento do conceito, como decorre da sua própria denominação (empresas militares e de segurança privadas), que não corresponde a um padrão de actuação uniforme (cf. JESÚS A. NUÑEZ VILLAVARDE, «Privatización e internacionalización del uso de la fuerza: los mercenarios como lacre del marco de seguridad del siglo XXI», in *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, Helena Torroja Mateu (dir.) / Sonia Güell Peris (coord.), Barcelona: José María Bosch Editor, 2009, pp. 71-73).

⁽⁴⁾ Ou seja, pensamos no Estado como “aquela autoridade soberana que tem a titularidade originária, plena e exclusiva do uso da força armada e que decide contratar, para o exercício de tal função, uma empresa privada” (HELENA TORROJA MATEU, «Empresas militares y de seguridad privadas (EMP/ESP) y derecho internacional: una introducción», in *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, cit., p. 17). Veja-se também JAUME SAURA ESTAPÀ, «Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su actuación en el conflicto iraquí», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 19/2010, p. 2.

⁽⁵⁾ Cf., a propósito, JOSÉ L. GÓMEZ DEL PRADO, «El Grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de Mercenarios y las nuevas formas de mercenarismo», in *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, cit., pp. 178 ss.

⁽⁶⁾ Exemplos dessas actuações mais antigas e também de contornos diferentes dos das actuações contemporâneas podem ver-se em CHRISTOPHER KINSEY, «Private Security Companies: Agents of Democracy or Simply Mercenaries?», in *Private Military and Security Companies. Chances, Problems, Pitfalls and Prospects*, Thomas Jäger / Gerhard Kümmel (eds.), Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2007, pp. 88-93.

⁽⁷⁾ Ou seja, “apesar da presença deste tipo de empresas em áreas de conflito não ser um fenómeno novo, são-no as dimensões alcançadas e a natureza das tarefas que desempenham na actualidade, especialmente durante a guerra do Iraque de 2003 e na fase posterior de ocupação” (M.ª PILAR POZO SERRANO, «El Derecho Internacional Humanitario ante las empresas militares y de seguridad privadas: aportaciones y límites del Documento de Montreux», in *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Consuelo Ramón Chornet (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 81). A primeira destas companhias pós guerra fria

E a verdade é que há ainda factores que tornam a questão mais complexa, que decorrem nomeadamente da circunstância de não serem só os Estados a contratar os serviços destas empresas como também outras entidades que, para além de participarem em conflitos armados, se dedicam muitas vezes a actividades claramente ilícitas, como *inter alia* o tráfico de droga ou de pessoas, o terrorismo ou a pirataria ⁽⁸⁾.

Obviamente, toda esta diversidade de situações (que conhece ainda outros cambiantes) torna difícil o apuramento de um conceito bem delimitado das empresas ditas militares e de segurança privadas. Por outro lado, a novidade do fenómeno também não facilita o seu enquadramento nos parâmetros tradicionais de regulação jurídica daqueles que participam directamente nos conflitos armados, tornando difícil definir o seu estatuto jurídico.

Vamos abordar alguns problemas que o referido fenómeno suscita — e, recorde-se que nos cingimos à participação directa em conflitos armados ou em actividades intrinsecamente ligadas a funções militares —, cientes de que, num trabalho deste tipo, será impossível abarcar todos eles.

2. RAZÕES JUSTIFICATIVAS

Procurando as razões que justificam este recurso crescente a empresas militares privadas, encontramos motivos diversos e de diferente natureza.

Desde logo, há que atender a uma razão de ordem técnica: a evolução dos armamentos leva a que muitos Estados não tenham capacidade técnica — a nível de materiais e de formação de pessoas — para fazer face a certas exigências dos conflitos armados, carências essas que podem ser supridas por empresas militares privadas detentoras de tais capacidades; por outro lado, mesmo os que

terá sido a *Executive Outcomes*, criada em 1989, na África do Sul e, entretanto, extinta no início de 1999 (cf. CHRISTOPHER KINSEY, *ob. cit.*, p. 94).

⁽⁸⁾ A título de exemplo, vejamos as notas 1 a 4 de CHIA LEHMARDT, «Private military companies and states responsibility», in *From Mercenaries to Market. The Rise and Regulation of private military companies*, Simon Chesterman e Chia Lehmart (eds.), New York: Oxford University Press, 2007, p. 139-140. Também no Relatório do Grupo de Trabalho criado pelas Nações Unidas sobre a matéria, a que nos iremos referindo, se afirma que a comunidade internacional se depara com “um fenómeno complexo: mercenários recrutados por companhias de segurança privadas a operar em situações de conflito armado e implicados em actos como execuções sumárias, tortura, tráfico de pessoas, drogas e armas, terrorismo, operações paramilitares e clandestinas e violações dos direitos humanos (...)” (A/61/341, de 13 de Setembro de 2006, par. 66). Identicamente, a AG veio constatar que “os conflitos armados, o terrorismo, o tráfico de armas e as operações clandestinas de países terceiros, entre outros, alimentam a procura de mercenários no mercado mundial” (par. 3 do dispositivo da resolução 65/203, de 16 de Março de 2011).

têm essas técnicas, e pelo facto de serem muito caras, reduziram os seus recursos humanos a pessoal com elevado grau de especialização, pelo que “para poupar os seus esforços e não correr o risco de perder um material tão valioso em qualquer tarefa de segunda ordem, preferem optar pela contratualização, a actores privados, de serviços próprios das forças armadas até há bem pouco tempo”⁽⁹⁾.

E se isto é válido para alguns Estados ricos, no pólo oposto, pode dizer-se que hoje se desenvolve outro tipo de conflitos armados: conflitos ditos de baixa intensidade⁽¹⁰⁾, travados por milícias recrutadas por chefes tribais e pelos seguidores armados de senhores da guerra, com armas baratas⁽¹¹⁾. A circunstância de estas guerras se poderem ser travadas — e mesmo travadas com sucesso — é sobretudo devido ao facto de não serem decididas no campo de batalha entre dois exércitos, mas pelo arrastar interminável de violência dirigida contra a população civil⁽¹²⁾, de consequências absolutamente devastadoras e a longo prazo⁽¹³⁾.

A este motivo, outros, de diferente natureza, se associam, como a circunstância de o fim da guerra fria se ter traduzido na afirmação de um modelo liberal — que não pode ser reduzido ao plano económico — que tornou mais fácil a admissibilidade de que determinadas tarefas, que normalmente se entendia deverem ser desenvolvidas exclusivamente pelos Estados, o fossem por outras entidades⁽¹⁴⁾. Além disso, do fim da guerra fria resultou uma outra consequência: pessoal militar qualificado sem emprego⁽¹⁵⁾ e disponibilidade de armamento.

⁽⁹⁾ JESÚS A. NUÑEZ VILLAVARDE, *ob. cit.*, p. 67.

⁽¹⁰⁾ Acerca destes novos conflitos armados, veja-se ROBIN GEIB, «Armed violence in fragile states: Low-intensity conflicts, spillover conflicts, and sporadic law enforcement operations by third parties», *International Review of the Red Cross*, Vol. 91 N.º 873, 2009, pp. 119-142.

⁽¹¹⁾ Nestes conflitos, as armas pesadas raramente são usadas e, quando o são, consistem maioritariamente em remanescentes dos *stocks* da guerra fria.

⁽¹²⁾ Por isso, afirma: Münkler: “Os estratégias das novas guerras foram bem sucedidos ao tornar a condução directa da guerra tão barata que é novamente um negócio promissor” (HERFRIED MÜNKLER, «The wars of the 21st century», *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, N.º 849, 2003, p. 16).

⁽¹³⁾ Consequências não apenas em perdas de vidas humanas, mas que decorrem da destruição de infra-estruturas, estradas, campos (que muitas vezes permanecem minados durante largos anos), para além de darem origem a uma geração que cresceu em ambiente de conflito armado, nunca tendo conhecido a paz (cf. HERFRIED MÜNKLER, *ob. cit.*, pp. 15-16).

⁽¹⁴⁾ A propósito, recorde-se a polémica gerada nos Estados Unidos em torno da privatização dos estabelecimentos prisionais, que efectivamente se veio a verificar.

⁽¹⁵⁾ Como refere Jaume Saura Estapà, “cada novo conflito (...) gera novos potenciais “consultores” com ampla experiência e ávidos de empregos lucrativos” (JAUME SAURA ESTAPÀ, «Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su actuación en el conflicto iraquí», *cit.*, p. 4).

Portanto, as empresas de armamento, que pretendem manter o seu nível de produção, deparam-se com uma baixa substancial de procura por parte de entidades estaduais, pelo que têm todo o interesse em apoiar a criação e manutenção destes novos clientes.

Por outro lado, o facto de o serviço militar, em boa parte dos Estados, se ter vindo a converter num serviço voluntário leva a que também aí se sintam as flutuações do mercado; ou seja, sendo o serviço militar voluntário, o número de militares que o Estado consegue angariar depende de quão atractiva a carreira militar se revele e de factores externos, como a concorrência de outras carreiras profissionais. Isto tem acarretado uma redução de efectivos para as forças armadas estaduais. Com este aspecto, conjuga-se, ainda, o facto de, sobretudo desde a década de 90 do séc. XX, se terem vindo a desenvolver situações, por vezes extremas, de debilidade do Estado, que fez com que, por essa época, os juristas começassem a trabalhar a figura de *Estado falhado* ou *Estado colapsado*⁽¹⁶⁾. A fragilidade das estruturas estaduais em tal situação leva a que os detentores do poder nesses Estados vejam com bons olhos a contratualização de empresas com vista a segurar o poder ou mesmo a participar em conflitos armados⁽¹⁷⁾.

Além disso, verifica-se uma alteração da natureza das missões desenvolvidas pelas forças militares. Hoje, muito mais do que a defesa nacional, elas são chamadas a participar em missões militares ou de segurança em conflitos longínquos, em que o seu próprio país não está directamente implicado, nomeadamente participando em coligações autorizadas pelo Conselho de Segurança ou em missões onusianas de manutenção e/ou imposição da paz. Este facto torna a opinião pública em cada país menos tolerante em relação à morte de soldados dos seus exércitos, o que, obviamente, tem importantes custos políticos, sendo mais fácil de aceitar a morte de um funcionário — eventualmente não nacional desse mesmo país — que foi contratado para participar no conflito.

Laguna Sanquirico aponta, ainda, como razão para o desenvolvimento do recurso a empresas militares privadas, o facto de se terem verificado casos de sucesso na sua actuação (embora, mais tarde, os escândalos divulgados noutros casos os tenham feito cair no esquecimento), referindo os exemplos da empresa norte-americana *Military Professional Resources Inc.*, na Croácia, e da empresa sul-africana *Executive Outcomes*, na Serra Leoa⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Acerca desta problemática, veja-se ROBERT I. ROTBERG (ed.), *When States Fail: Causes and Consequences*, New Jersey: Princeton University Press, 2004.

⁽¹⁷⁾ Sobre estes factores, veja-se JESÚS A. NUÑEZ VILLAVARDE, *ob. cit.*, pp. 67-71.

⁽¹⁸⁾ Segundo refere este autor, a actuação da primeira destas empresas, em 2004, deu importante contributo para a reorganização do exército croata, que, em pouco mais de um ano,

3. A CONSCIENCIALIZAÇÃO GENERALIZADA DO PROBLEMA DECORRENTE DA ACTUAÇÃO DESTAS EMPRESAS NO IRAQUE

A verdade é que, se o problema da “privatização da guerra” ou da “privatização dos conflitos armados” surge sobretudo a partir do fim da guerra fria, deve dizer-se que a opinião pública internacional toma dele consciência fundamentalmente a partir da intervenção dos Estados Unidos e seus aliados no Iraque, em 2003, e subsequente ocupação⁽¹⁹⁾. Desde logo, estávamos face a um ataque frontal a importantes institutos do direito internacional, como se verificou com a tentativa de justificar a intervenção através de conceitos como o da legítima defesa preemptiva ou da “guerra contra o terrorismo”⁽²⁰⁾ ou ainda com o ataque feroz ao conceito de tortura, chegando a ser sustentado que o mesmo se restringiria a situações em que os comportamentos em que se traduz pusessem em causa a vida da quem os sofreu (ou seja, se desses comportamentos resultasse a sua morte) ou conduzissem à falência de algum ou alguns dos seus órgãos vitais (em que o resultado acabaria por ser o mesmo)⁽²¹⁾.

conseguiu reagir, com êxito, às forças servo-croatas das Krajinas; a segunda conseguiu, em poucos meses, que as forças rebeldes da Frente Revolucionária Unida, que tinham cercado a capital da Serra Leoa, retirassem para mais de 100 km para o interior do Estado (cf. LAGUNA SANQUIRICO, «Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la defensa», in *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, cit., pp. 52-53).

⁽¹⁹⁾ Hoje deparamo-nos com “verdadeiras empresas da guerra privada, que concluem contratos em boa e devida forma com Estados ou outras firmas, agindo como braços armados de multinacionais. Parece que a guerra no Iraque foi o terreno favorável para primeira guerra privada” (YACINE HICHEM TEKFA, «Le Mercenariat moderne et la privatisation de la guerre», *Géostratégiques*, n.º 9, Outubro 2005, p. 155).

⁽²⁰⁾ Acerca destes conceitos, veja-se MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, «A “guerra contra o terrorismo”: um novo tipo de conflito armado?», *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 491-520 e bibliografia aí referida.

⁽²¹⁾ De acordo com um memorando enviado ao Presidente dos Estados Unidos, em Janeiro de 2002 — que ficou conhecido como *The Bybee Torture Memo* —, “para que um acto constitua tortura, tal como definido na Secção 2340 [do US Code], deve infligir dor que seja difícil suportar. A dor física que se traduz em tortura deve ser equivalente à intensidade da dor que acompanha uma lesão física grave, tal como a falência de um órgão, a incapacidade de uma função vital, ou mesmo a morte. Para que a dor ou o sofrimento puramente mental constitua tortura (...), deve resultar num dano psicológico de duração significativa, v. g., permanecendo por meses ou mesmo anos”. A verdade é que, à luz deste memorando, se sustentava a licitude de actos amplamente tidos como actos de tortura (o recurso a martírios físicos e psicológicos, a privação prolongada do sono, a manutenção em posições stressantes, a simulações de afogamento, ...), nos termos de uma interpretação alargada dos, já de si muito latos, poderes presidenciais no âmbito da *guerra contra o terror*.

Por outro lado, tratou-se de uma intervenção em que operou fortemente o chamado *factor CNN*⁽²²⁾. E algumas situações — durante a intervenção, mas sobretudo na fase de reconstrução⁽²³⁾ — aí ocorridas tornaram manifesto o recurso massivo que se verificou a empresas militares privadas, desde logo porque os seus funcionários apareceram como protagonistas⁽²⁴⁾. Apesar de muitos terem sido anteriormente praticados, destaca-se o ataque perpetrado, a 16 de Setembro de 2007, por homens da *Blackwater* (talvez a mais conhecida empresa militar privada) na praça Nisur, em Bagdad. Não terá sido o mais grave, mas foi especialmente marcante, tendo em conta que dispararam “às cegas” contra civis inocentes (mulheres, crianças ou quem quer que estivesse na zona), não se vislumbrando sequer o motivo (além de que, no caso, se terá, muito provavelmente, verificado o efeito cumulativo de ataques anteriores)⁽²⁵⁾.

⁽²²⁾ “As reportagens dos *media*, muitas vezes difundidas ao mesmo tempo que os eventos se desenrolam numa campanha, têm um impacto e uma influência muito imediatos. Isto é conhecido como o “factor CNN” (A. p. V. ROGERS, «Zero-casualty warfare», *International Review of Red Cross*, n.º 837, 2000, p. 169).

⁽²³⁾ Em artigo de 2004, podia ler-se: As “reconstruções dos países arrasados pelas guerras lançadas pelos Estados Unidos estão associadas a interesses espúrios que supõem um negócio de biliões de dólares (calcula-se que cerca de 87.000 milhões) para companhias que os estão a embolsar ou se prestam a fazê-lo. (...) O país está a ser invadido não só por exércitos convencionais, mas também por enxames de companhias privadas, fundamentalmente norte-americanas, que actuam em diferentes campos associados à segurança, tanto das tropas norte-americanas como das autoridades da ocupação e dos contratados civis estrangeiros que procuram fazer negócios” (SINFO FERNÁNDEZ, «Soldados, mercenarios y empresarios: La privatización de la guerra avanza en el Iraq ocupado», http://www.nodo50.org/casca/agenda2004/iraq/sinfo_7-03-04.html).

⁽²⁴⁾ O que leva Ryngaert a considerar que “as EMP são sobretudo um fenómeno dos Estados Unidos, na medida em que são primordialmente os Estados Unidos que têm contratado EMP (em particular para a estabilização e reconstrução do Iraque) (CEDRIC RYNGAERT, «Litigating Abuses Committed by Private Military Companies», *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 1036).

⁽²⁵⁾ Este “incidente” mereceu censura generalizada, designadamente do referido Grupo de Trabalho sobre o Uso de Mercenários, das NU, que manifestou a sua preocupação com o “com o tiroteio indiscriminado sobre uma populosa vizinhança de Bagdad, a 16 de Setembro de 2007, envolvendo funcionários de uma empresa privada de segurança estrangeira que resultou na morte de mais de 10 civis iraquianos, incluindo crianças” (<http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/B78BC375A4E7C76DC125736100598326?opendocument>). Pouco depois, o Congresso norte-americano aprovou um relatório em que *inter alia* era afirmado que os funcionários da *Blackwater* “tinham protagonizado 195 tiroteios em dois anos, à razão de um e meio por semana; e que, em 80% deles, dispararam primeiro, apesar de o seu contrato com o Departamento de Estado norte-americano estipular que só podem usar a força com carácter defensivo. Sublinhava-se, também, que 122 funcionários da companhia (um sétimo do total) tinham sido despedidos (...) e que esse era o *único castigo plausível* para os funcionários, *qualquer que fosse a natureza dos actos praticados*” (JAUME SAURA ESTAPÀ, «Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su actuación en el conflicto iraquí», cit., p. 6 — itálicos nossos).

Aliás, este caso ⁽²⁶⁾ foi de tal modo chocante que, não volvidas 24 horas sobre a sua ocorrência, o Primeiro-Ministro iraquiano anunciava a expulsão da *Blackwater* do país ⁽²⁷⁾.

Portanto, estas empresas foram trazidas para a ordem do dia através de relatórios reveladores das suas actuações, bem como na sequência da tomada de consciência de que várias dessas empresas haviam sido encarregadas de fazer interrogatórios a detidos e de definir as linhas de interrogatórios em Abu Ghraib, com especiais técnicas para “amaciá-las” os presos, o que também teve resultados chocantes.

Apesar de todos os problemas que acarreta, a participação de empresas militares privadas em conflitos armados — e a crescente dimensão dessa participação — tornou-se um facto incontornável, que não pode nem deve ser ignorado ⁽²⁸⁾. No Iraque, estiveram presentes mais de vinte dessas empresas, com treino, material militar e pelo menos 10.000 pessoas, tanto na fase de conflito como na de ocupação. A verdade é que, desde 2007, o número de funcionários destas empresas no Iraque excede o número de tropas da coligação ⁽²⁹⁾.

4. ALGUNS PROBLEMAS JURÍDICOS RESULTANTES DA “PRIVATIZAÇÃO DOS CONFLITOS ARMADOS”

A situação que sumariamente descrevemos suscita várias questões jurídicas, cuja resolução não se afigura fácil. Segundo Francioni, essas questões são: “qual

⁽²⁶⁾ Um relato deste ataque, de que resultaram 17 iraquianos mortos e mais de 20 feridos, pode ver-se em JEREMY SCHAHILL, *Blackwater. El auge del ejército mercenario más poderoso del mundo*, Barcelona / Buenos Aires / Mexico: Paidós, pp. 1-7.

⁽²⁷⁾ Obviamente, uma coisa foi o anúncio da expulsão, outra coisa foi o seu afastamento efectivo. Em Janeiro de 2009, foi anunciado pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos que não seria renovado o contrato entre esse Departamento e aquela empresa (cujo termo estava previsto para Maio), na sequência da determinação, pelos líderes iraquianos, de não renovar a licença da companhia para operar no seu território. Aliás, ainda por efeito daquele evento, era noticiado, em 2009, que a Blackwater “está a abandonar o estigmatizado nome que foi manchado pelo seu trabalho no Iraque, fixando Xe (...) como o novo nome” (N. C. RALEIG, «Blackwater Changes Its Name to Xe», *The New York Times*, 13 de Fevereiro de 2009). Este caso “iniciou tempestade política no Iraque e um debate internacional sobre o papel dos contratantes de segurança privada nas zonas de guerra modernas” (JAMES RISEN, «Ex-Blackwater Guards Face Renewed Charges», *The New York Times*, 22 de Abril de 2011).

⁽²⁸⁾ Como afirma Saura Estapà, “tudo indica que o fenómeno está aí para ficar e, em consequência, um debate de sentido abolicionista seria completamente estéril” (JAUME SAURA ESTAPÀ, «Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su actuación en el conflicto iraquí», *cit.*, p. 4).

⁽²⁹⁾ Cf. CHIA LEHMARDT, «Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law», *European Journal of International Law*, vol. 9, 2008, p. 1031.

é o estatuto desses novos actores no direito internacional e, mais particularmente, no contexto do direito internacional dos conflitos armados? Devem ser considerados mercenários e em que circunstâncias? Ou são parte das forças armadas? Quando é que os seus serviços militares equivalem a uma participação directa nas hostilidades? Está a sua conduta sujeita às regras do direito internacional humanitário? E, se não devem ser assimilados a forças armadas, continuam vinculados às normas básicas do direito internacional dos direitos do homem e ao direito humanitário que protege a vida, a integridade e a propriedade? E quando as empresas militares privadas cometem abusos no exercício das suas funções, que vias jurisdicionais estão disponíveis com vista a outorgar reparação civil às vítimas e/ou a formular acusação penal por possíveis ofensas?” ⁽³⁰⁾.

Não pretendendo responder a todas estas questões no âmbito de um trabalho como o que agora se publica, deve referir-se, como nota preambular, que, na busca de soluções para as mesmas, nos deparamos com o problema de, normalmente, o contrato celebrado entre o Estado e estas empresas não ser tornado público, não sendo, por isso, conhecidos os seus termos. Além disso, agravando esta opacidade do contrato, verificam-se, com muita frequência, vários níveis de subcontratações de diferentes serviços.

4.1. O direito a que estão sujeitos os agentes das EMPs na sua actuação

A questão da determinação do direito a que estão sujeitos os agentes destas empresas quando actuam no contexto de conflitos armados revelou-se polémica, até porque a definição do seu estatuto nesse contexto não aparecia fácil. Assim, questionava-se a aplicabilidade do direito internacional humanitário, bem como do direito internacional dos direitos do homem, concluindo alguns que estávamos face a um vácuo jurídico.

Cremos, todavia, com Chia Lehnardt, que “falar de “vácuo jurídico” ignora as numerosas obrigações do Estado que são aplicáveis no contexto em que as EMPs operam” ⁽³¹⁾. Apesar disso, devemos ter consciência que haverá toda a

⁽³⁰⁾ FRANCESCO FRANCONI, «Private Military Contractors and International Law: An Introduction», *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 962. E se estes são já problemas complexos, a situação agrava-se quando o contratante não é um Estado, mas uma organização internacional, como a NATO ou a UE, uma vez que tais situações nos remetem para a escorregadia matéria da responsabilidade das Organizações Internacionais, cuja codificação continua a ser objecto dos esforços da Comissão de Direito Internacional.

⁽³¹⁾ CHIA LEHMARDT, «Private military companies and states responsibility», *cit.*, p. 142. Aliás, no mesmo sentido se orientava um esclarecimento emitido pelo Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV), de Maio de 2006, em que, a propósito desse alegado vácuo, é afirmado: “o direito internacional humanitário regula, em situações de conflito armado, tanto as actividades do pessoal dessas empresas como a responsabilidade dos Estados que as contratam” (CICV,

vantagem em esclarecer os parâmetros que regem a actuação destas empresas, até porque essa falta de clarificação leva a que os Estados as contratem precisamente para a iludir as obrigações jurídicas definidas pelo direito internacional humanitário em relação aos combatentes ⁽³²⁾.

A verdade é que se tornou do conhecimento geral a participação de agentes destas EMPs quer directamente em hostilidades, quer em actividades relacionadas intrinsecamente com funções militares — com destaque para os interrogatórios dos detidos em Guantánamo e Abu Ghraib —, apesar de autoridades de alguns dos Estados, e designadamente dos Estados Unidos, terem vindo pontualmente referir que não cabe a essas empresas a prossecução de tarefas inerentemente militares. Obviamente, o desconhecimento dos termos concretos do contrato, o recurso a uma redacção ambígua ou com conceitos que podem ser preenchidos em diversos sentidos, associados a um desprezo pelas autoridades locais e à falta de vigilância leva a que facilmente essas missões resvalam para o campo da ilicitude.

E porque a situação se revelou profundamente preocupante foi transmitido, à Assembleia Geral das Nações Unidas, um documento acordado entre 17 Estados (na sequência de uma iniciativa conjunta lançada, em 2006, pelo Governo suíço e pelo CICV), *acerca das obrigações jurídicas pertinentes e das boas práticas para os Estados no que se refere às operações de empresas militares e de segurança privadas a operar no decurso de conflitos armados*. Este documento, conhecido como *Documento de Montreux*, data de 17 de Setembro de 2008 ⁽³³⁾. Nele, é assumida a premissa de “[q]ue certas regras bem estabelecidas de direito internacional se aplicam aos Estados nas suas relações com empresas militares e de segurança privadas (EMSP) e às suas operações no decurso de conflitos armados, em particular as do direito internacional humanitário e dos direitos do homem” ⁽³⁴⁾, determinando-se as obrigações que cabem a cada uma das partes envolvidas: Estados contratantes, Estados territoriais, Estados de origem, demais Estados, EMPs e seus agentes.

Entretanto, o Grupo de Trabalho sobre a utilização de mercenários como meio de violar os direitos do homem e de impedir o exercício do direito dos povos à autodeterminação (adiante referido como Grupo de Trabalho), criado no seio da Organização das Nações Unidas ⁽³⁵⁾, apresentou ao Conselho dos

Éclairage. Privatisation de la guerre, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/privatisation-war-230506>).

⁽³²⁾ Cf. JESÚS A. NUÑEZ VILLAVARDE, *ob. cit.*, p. 76.

⁽³³⁾ Cf. resolução A/63/467—S/2008/636, de 6 de Outubro de 2008.

⁽³⁴⁾ Documento de Montreux, Prefácio, par. 1.

⁽³⁵⁾ A sua criação foi decidida pela extinta Comissão dos Direitos Humanos, em 2005, tendo iniciado funções 2006. Acerca deste Grupo de Trabalho e do seu labor, veja-se JOSÉ L. GÓMEZ DEL PRADO, *ob. cit.*, pp. 163-209.

Direitos do Homem, em 2010, um Relatório que contém um Projecto de Convenção sobre as sociedades militares e de segurança privadas (EMSPs) ⁽³⁶⁾. Neste documento, EMSP é definida como “uma sociedade comercial que fornece, contra remuneração, serviços militares ou de segurança por intermédio de pessoas físicas e/ou colectivas”, sendo que por serviços militares se entende “serviços especializados ligados a actividades militares, incluindo a planificação estratégica, serviços secretos, investigação, reconhecimento terrestre, marítimo ou aéreo, as operações de voo de qualquer tipo, tripulados ou não tripulados, a vigilância por satélite, todo o tipo de transferência de conhecimentos com aplicações militares, o apoio material e técnico às forças armadas e actividades conexas”; e por serviços de segurança se remete para “a guarda e a protecção armada de edifícios, instalações, bens e pessoas, todo tipo de transferência de conhecimentos com aplicações em matéria de segurança ou de polícia, o desenvolvimento e implementação de medidas de segurança da informação e actividades conexas” ⁽³⁷⁾.

De entre os princípios gerais afirmados neste projecto de Convenção, refiram-se o da responsabilidade do Estado pelas actividades das EMPs matriculadas no seu território ou que operam sob sua jurisdição, independentemente de terem ou não contratado os seus serviços, bem como a imposição ao Estado de não contratar com essas empresas ou de nelas delegar funções inerentes ao Estado e a obrigação de adoptar medidas, legislativas ou outras, necessárias para proibir total ou parcialmente a delegação ou contratação externa de serviços militares ou de segurança ⁽³⁸⁾.

Por outro lado, afirma-se a sujeição destas empresas, na sua actuação, ao direito internacional humanitário, bem como do direito internacional dos direitos do homem, cabendo a cada Estado parte velar pelo seu cumprimento por parte das EMPs, do seu pessoal e das estruturas ligadas às suas actividades ⁽³⁹⁾.

4.2. A questão da responsabilidade por factos ilícitos praticados por agentes das empresas militares privadas

Sendo certo que a questão enunciada se pode colocar em relação ao Estado contratante, ao Estado em cujo território as empresas actuam, ao Estado de

⁽³⁶⁾ Disponível como anexo à resolução A/HRC/15/25, de 5 de Julho de 2010.

⁽³⁷⁾ Art. 2.º, als. a), b) e c), do referido Projecto de Convenção sobre as EMSP. Como decorre, no contexto deste trabalho, apenas o primeiro naipe de actividades referidas nos interessa.

⁽³⁸⁾ Cf. art. 4.º, n.ºs 1, 3 e 5. Além disso, são definidos encargos ao Estado com vista a garantir que as EMPs que contratam recebem formação em matéria de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos do homem e que respeitam as suas normas (n.º 2), impondo-se também aos Estados o estabelecimento de medidas, nomeadamente de carácter procedimental, relativas ao funcionamento das EMPs (n.º 4).

⁽³⁹⁾ Cf. art. 5.º, n.º 1, do referido Projecto.

origem da empresa, à própria empresa ou aos seus agentes e não sendo possível, num trabalho como este, abordar todas essas vertentes, vamos focar-nos apenas na questão da responsabilidade do Estado contratante e na dos agentes das EMPs.

a) do Estado contratante

Uma questão que se tem vindo a colocar, à medida que se foram conhecendo atuações de agentes de empresas militares privadas que consubstanciam violações — e, por vezes, violações graves — do direito internacional a que está vinculado o Estado contratante, é a de saber em que medida esse Estado pode ser responsabilizado por tais comportamentos ⁽⁴⁰⁾.

A este propósito, recorde-se que, para que haja facto internacionalmente ilícito do Estado, é necessário, nos termos do art. 2.º do *Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por facto internacionalmente ilícito* (adiante referido como PARI) ⁽⁴¹⁾, que estejam reunidos os seguintes elementos: *a)* a verificação de um comportamento (que tanto pode consistir numa acção como numa omissão); *b)* a ilicitude do mesmo, decorrente violação de uma obrigação a que o Estado está internacionalmente vinculado; *c)* a atribuição dessa conduta ao Estado, ou seja, a sua imputação a esse Estado. Obviamente, no caso, a polémica surge em torno da questão da imputação ao Estado dos comportamentos ilícitos — e como tal genericamente reconhecidos — dos agentes das referidas empresas, que foram sendo tornados públicos ⁽⁴²⁾.

Atendendo ao teor das disposições que regulam a matéria da imputação ao PARI (arts. 4.º a 11.º), parece-nos que o artigo que deve ser chamado à colação

⁽⁴⁰⁾ Porque a responsabilidade do Estado por violações do direito internacional humanitário praticadas pelos membros das suas forças armadas está de há muito afirmada. Assim, o art. 3.º da IV Convenção da Haia, de 1907, previa: “Uma parte beligerante que viole as disposições do referido Regulamento [Regulamento relativo às leis e costumes da guerra em terra, anexo à Convenção] deve ficar obrigada a indemnizar, se a isso houver lugar. Será responsável por todos os actos praticados pelas pessoas que fazem parte das suas forças armadas”. Este princípio foi reiterado no art. 91.º do I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra.

⁽⁴¹⁾ Documento adoptado Assembleia Geral das Nações Unidas, através da resolução 56/83, de 28 de Janeiro de 2002.

⁽⁴²⁾ A verdade é que a *Blackwater*, cujos funcionários protagonizaram o “incidente” da praça Nisur, “estaria implicada nuns 160 casos em que os seus empregados teriam disparado contra civis sem ter qualquer razão para o fazer”, “sem sentir ameaça, só pelo prazer de disparar” (JOSÉ L. GÓMEZ DEL PRADO, *ob. cit.*, p. 201). Além destes, outros ilícitos graves foram sendo divulgados, como decorre do elucidativo título noticioso “Blackwater acusada de utilizar prostitución infantil en Irak”, <http://www.radiomundial.com.ve/yvke/noticia.php?30315>.

é o art. 5.º, relativo ao “comportamento de uma pessoa ou de uma entidade que exerça prerrogativas de poder público” ⁽⁴³⁾, como se lê na sua epígrafe.

De acordo com esta disposição, são considerados actos do Estado aqueles que se traduzem no exercício de prerrogativas de poder público, e que, não tendo sido praticados por seus órgãos ou agentes, o foram por quem foi habilitado pelo Estado a praticá-los.

Ora, face a comportamentos que se traduzem na participação directa em conflitos armados, não se duvida de que se trata do exercício de prerrogativas de autoridade, sendo certo que, de há muito, vêm sendo entendidas como inerentes ao núcleo fundamental da soberania estadual ⁽⁴⁴⁾. Apesar de não se conhecerem os termos concretos dos contratos, isso não se revela necessário para se saber que ele constitui o acto pelo qual o Estado habilitou cada uma das empresas militares privadas a exercer tais prerrogativas de poder público, pelo que concluímos que os actos ilícitos por elas praticados — através dos seus agentes — são imputáveis ao Estado, gerando a sua responsabilidade internacional.

Bem sabemos que tem havido, na doutrina jusinternacionalista, quem sustente que a habilitação a que se refere o art. 5.º do PARI tem de se consubstanciar num acto legislativo ou equivalente. Não nos parece, no entanto, sustentável tal opinião. Por um lado, porque um acto interno não é oponível na esfera jurídica internacional (a ser assim, se não se punha totalmente em questão o objecto da referida disposição, prejudicava-se largamente o seu campo de actuação), sendo-lhe, por consequência, indiferente a forma como tais poderes aparecem “nas mãos” das ditas empresas, relevando apenas o facto de que lhes foram outorgados pelo Estado ⁽⁴⁵⁾. Por outro lado, pode sempre dizer-se que os contratos têm o seu fundamento na lei; e, no caso

⁽⁴³⁾ Cujo texto é o seguinte: “O comportamento de uma pessoa ou entidade que não seja um órgão do Estado segundo o artigo 4.º, mas a quem o direito desse Estado tenha habilitado a exercer prerrogativas de poder público será considerado como facto do Estado segundo o Direito Internacional, desde que, no caso em questão, a pessoa ou entidade tenha agido nessa qualidade”.

⁽⁴⁴⁾ Obviamente, o entendimento do que cabe no conceito de *prerrogativas de poder público* não é estanque — sofre variações nomeadamente com o decurso do tempo — e podem, por aí, surgir dificuldades, embora a participação directa em hostilidades não nos pareça suscitar grandes dúvidas acerca da sua qualificação como *prerrogativa de poder público*. Na verdade, “o monopólio da violência organizada constitui um dos fundamentos dos Estados modernos” (LAGUNA SANQUIRICO, *ob. cit.*, p. 56).

⁽⁴⁵⁾ De outro modo, quase que poderia funcionar como um convite para que o Estado optasse — ainda que violando o seu direito interno regulador dessa habilitação a terceiros para o exercício de prerrogativas de poder público — pela via que mais facilmente lhe permitisse escudar-se da sua responsabilidade.

dos Estados Unidos, nos amplíssimos poderes de goza o seu Presidente em tempo de guerra ⁽⁴⁶⁾.

Solução diferente revelar-se-ia, além do mais, altamente perniciosa. Na verdade, a ser afastada a responsabilidade internacional do Estado nestes casos, a tendência seria certamente para a contratação de EMPs para levar cabo comportamentos de duvidosa licitude — na prossecução de certos aspectos da sua política externa — que, sendo praticados pelos membros do exército regular do Estado, desencadeariam indubitavelmente a sua responsabilidade. Funcionaria, portanto, como via para a desresponsabilização do Estado ⁽⁴⁷⁾.

Se a conduta não puder ser entendida como reconduzível ao exercício de prerrogativas de poder público — ou se este for um aspecto discutível — pode ainda ser imputada ao Estado nos termos do art. 8.º do PARI ⁽⁴⁸⁾ se tiver sido realizada sob *instruções ou direcção ou controlo* do Estado ⁽⁴⁹⁾ ⁽⁵⁰⁾.

Reconhecendo a existência de dificuldades em relação a problemas decorrentes da utilização destas empresas, o CICV não deixou de esclarecer que as responsabilidades dos Estados que contratam essas empresas são reguladas pelo direito internacional humanitário ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁶⁾ Por isso, consideramos que a redacção do par. A. 7. c) do Documento de Montreux se revela restritiva ao afirmar a imputabilidade ao Estado contratante de comportamentos das EMPs se “estão habilitadas a exercer prerrogativas de poder público e se agem nessa qualidade (i.e. são formalmente autorizadas *pela lei ou por regulamentos* a exercer funções normalmente conduzidas por órgãos do Estado)” (itálicos nossos).

⁽⁴⁷⁾ Neste sentido, CHIA LEHMARDT, «Private military companies and states responsibility», *cit.*, pp. 143-144.

⁽⁴⁸⁾ Sendo certo que há autores que se cingem a esta disposição para justificar a imputação ao Estado dos comportamentos em questão dos agentes das EMPs, como é o caso de JAUME SAURA ESTAPÀ, «Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su actuación en el conflicto iraquí», *cit.*, pp. 15-17. Todavia, parece-nos que o art. 5.º contempla, em primeira mão e de forma mais evidente, situações como aquela sobre que nos debruçamos. Além de que a regra consagrada no art. 8.º foi pensada para situações em que o Estado não quer ver o seu nome associado a determinadas actuações, pelo que dá orientações a outrem — pessoas ou grupos — para que leve a cabo os comportamentos pretendidos, sem que os mesmos apareçam associados a esse Estado — o que não acontece aqui — pelo que cremos que deverá actuar apenas quando o art. 5.º não justifica a imputação.

⁽⁴⁹⁾ Segundo Chia Lehmart, “um Estado que contrata uma empresa e lhe dá instruções para cometer abusos em prisioneiros é justamente um caso claro” dessa situação (CHIA LEHMARDT, «Private military companies and states responsibility», *cit.*, pp. 143-144).

⁽⁵⁰⁾ Acerca da controvérsia gerada entre o TIJ e o Tribunal Internacional Penal para a ex-Jugoslávia, veja-se MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 295-305.

⁽⁵¹⁾ Cf. CICR, *Éclairage. Privatisation de la guerre*, *supra*, nota 31.

b) Dos agentes das EMPs que cometem ilícitos graves

Acerca do problema da responsabilidade dos indivíduos, funcionários das EMPs, que adoptam comportamentos que se traduzem em violações graves do direito internacional humanitário, mormente em crimes de guerra, há que atender, desde logo, às tarefas de que os mesmos estão encarregados. Como sublinha Lehnardt, da prática de tais crimes está excluído “o pessoal das EMPs que não foi contratado para combater num conflito e, por consequência, é civil, e que não foi instruído para cometer o crime nem está suficientemente controlado pelo Estado contratante nem leva a cabo serviços que envolvem o exercício de “autoridade pública””, esclarecendo que este último critério se revela fundamental na falta de instruções específicas e de suficiente controlo pelo Estado sobre a EMP ⁽⁵²⁾.

Uma outra questão é a de saber em que termos o direito internacional humanitário os vincula. De acordo com o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, “os deveres e responsabilidades definidos pelas Convenções de Genebra e pelos Protocolos Adicionais aplicam-se normalmente apenas aos indivíduos de todas as categorias que pertencem às forças armadas sob o comando militar de uma ou outra parte beligerante, ou aos *indivíduos que foram devidamente mandatados* e de que se espera, em virtude da sua qualidade de responsável ou agentes do Estado ou de pessoas que ocupem um posto de responsabilidade ou de representantes de facto do Governo, que apoiem ou empreendam os esforços de guerra” ⁽⁵³⁾. Como vimos, em 2006, o CICV, referindo-se aos agentes das EMPs, esclareceu que “também eles devem respeitar o direito humanitário em quaisquer circunstâncias” ⁽⁵⁴⁾.

Obviamente, a aplicação do direito internacional humanitário depende da verificação de um conflito armado, sendo certo que essa aplicação se estende a todo o território sob controlo do Estado envolvido (não se restringindo, portanto, às áreas onde se travam combates ⁽⁵⁵⁾) e se prolonga durante todo o conflito e mesmo para além dele (como acontece, *v. g.*, com o dever de libertar e repatriar os prisioneiros de guerra após a cessação das hostilidades ⁽⁵⁶⁾).

⁽⁵²⁾ CHIA LEHMARDT, «Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law», *cit.*, pp. 1017-1018. Obviamente, de acordo com objecto do presente trabalho, só nos interessam as actividades que caem no âmbito do exercício de poderes públicos. No entanto, há que ter consciência de que essa qualificação pode, em concreto, não se revelar fácil.

⁽⁵³⁾ Caso ICTR-96-4-T (Procurador c. Jean-Paul Akayesu), Sentença da 1.ª Câmara, de 2 de Setembro de 1998, par. 631 — itálico nosso.

⁽⁵⁴⁾ CICR, *Éclairage. Privatisation de la guerre*, *cit.*

⁽⁵⁵⁾ Basta pensarmos nos prisioneiros de guerra, cujo tratamento é regulado pelo direito internacional humanitário, que devem ficar detidos em campos situados longe da área de combate, onde estejam fora de perigo (cf. art. 19.º da III Convenção de Genebra).

⁽⁵⁶⁾ Nos termos do art. 118.º da III Convenção de Genebra, “[o]s prisioneiros de guerra serão libertados e repatriados sem demora depois do fim das hostilidades activas”.

Além disso, são aplicáveis as normas de responsabilidade individual que o direito internacional penal reconhece, pelo que o indivíduo pode ser responsabilizado quer por ter cometido um determinado crime pessoalmente ou por intermédio de outrem, quer por ter ordenado, provocado ou instigado a sua comissão, quer ainda por ser cúmplice ou encobridor da sua prática...⁽⁵⁷⁾. E porque essas normas lhes são aplicáveis, também o superior poderá ser responsabilizado por não ter prevenido ou punido os actos do seu subalterno, nos termos dos mesmos preceitos⁽⁵⁸⁾; bem como o subalterno não vê afastada a sua responsabilidade criminal pelo facto de agir no cumprimento de ordens, a não ser nos termos estritos em que esse afastamento é admitido⁽⁵⁹⁾.

O problema é que se tem verificado uma generalizada impunidade da actuação destes agentes⁽⁶⁰⁾. Sendo certo que, em regra, cabe ao Estado em cujo território se verificou o facto ilícito a punição dos seus autores, recorde-se que, no caso do Iraque, logo em Junho de 2003, Paul Bremer (que dirigia a *Coalition Provisional Authority*) aprovou a *Order n.º 17* dessa Autoridade, em cuja secção 2 se estabelecia a imunidade do pessoal da Coligação (onde se incluía o das EMPs) face às leis e à jurisdição iraquianas⁽⁶¹⁾. Por outro lado, os Estados Unidos

⁽⁵⁷⁾ Veja-se, designadamente, o art. 15.º, n.º 3, do Estatuto do Tribunal Internacional Penal (adiante ETPI).

⁽⁵⁸⁾ Cf. art. 28.º do ETPI

⁽⁵⁹⁾ Cf. art. 33.º do ETPI.

⁽⁶⁰⁾ Nesse sentido, a AG declarou-se “*extremamente preocupada* pela incidência das actividades de sociedades privadas de serviços de carácter militar ou de serviços de segurança sobre o exercício dos direitos do homem, em particular nas situações de conflito armado, e nota que cessas sociedades e o seu pessoal raramente prestam contas pelas violações dos direitos do homem que cometem” (par. 7 preambular da resolução 65/203, de 16 de Março de 2011).

⁽⁶¹⁾ O texto desta ordem pode ver-se em http://www.usace.army.mil/CEHR/Documents/COALITION_PROVISIONAL.pdf. Foi também na sequência do massacre da praça Nisur que o Governo do Iraque deu início a um processo com a vista à cessação da vigência da referida *Order n.º 17*. A verdade é que “apenas dois mercenários foram julgados no Iraque pelos seus crimes. Um por ter morto outro contratado e outro por armazenar pornografia infantil no seu computador em Abu Ghraib. Isto apesar de muitos casos documentados de abusos, incluindo a morte de iraquianos às mãos de mercenários. Num dos casos notórios envolvendo a EMSP *Aegis*, a “vídeo troféu” foi difundido na internet em 2005 mostrando funcionários da *Aegis* a disparar aleatoriamente contra veículos na estrada que conduz ao aeroporto de Bagdad. Os empregados das PMSC *CACI International* e *Titan* estiveram também alegadamente envolvidos em casos de abusos em Abu Ghraib. Estas duas companhias privadas empregavam interrogadores na prisão. Nenhum dos seus funcionários foi acusado” (KENNETH J. THEISEN, «Today's Hessians: Using Mercenaries to Protect US Imperialism», 5/10/07, http://www.privateforces.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1769). Aliás, como vimos, o Congresso norte-americano considerou o despedimento desses funcionários como a única sanção possível, independentemente dos comportamentos que tivessem adoptado (cf. *supra*, n. 25),

— que contrataram as referidas empresas — não revelaram qualquer interesse em julgar os responsáveis pelas violações graves do direito humanitário. Por seu lado, o Tribunal Penal Internacional apenas poderá actuar — respeitado o princípio da complementaridade⁽⁶²⁾ — se o Estado da nacionalidade de um alegado autor de um crime for parte no seu Estatuto ou, eventualmente, aceitar a sua jurisdição para conhecer do caso concreto, uma vez que o Estado em cujo território foi cometido o crime — pensando uma vez mais, no Iraque — não é parte no Estatuto⁽⁶³⁾. Além disso, só cabem na competência deste Tribunal o crime de genocídio, crimes contra a humanidade ou crimes guerra (bem como crime de agressão, que o Tribunal ainda não está em condições de julgar), sendo certo que a hipótese mais viável de concretização desta jurisdição seria em relação a estes últimos⁽⁶⁴⁾.

Escândalos decorrentes das actuações da *Blackwater* (e, nomeadamente, o verificado na praça Nisur) acabaram por acarretar algumas consequências, como a alteração da *Lei de Jurisdição Militar Extraterritorial* dos Estados Unidos, com o objectivo de “ampliar o alcance desse instrumento legal a todos os contratados que operam em zonas em conflito”⁽⁶⁵⁾.

A 22 de Abril de 2011, era noticiado que um tribunal de apelação havia reaberto processo criminal contra quatro militares americanos ex-contratados pela *Blackwater*, acusados de massacre em conexão com os acontecimentos da praça Nisur, considerando o que o *district court* tinha feito uma interpretação errónea da lei, apelando a que esse tribunal determinasse, em relação a cada acusado, qual a prova — se alguma — que o governo apresentara contra ele e se a mesma era suficiente para justificar a manutenção das acusações⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶²⁾ Ou seja, apenas no caso de falta de vontade ou de capacidade de agir por parte do Estado com jurisdição no caso (cf. arts. 1.º e 17.º do ETPI).

⁽⁶³⁾ Salvo se o Iraque aceitasse a jurisdição num caso concreto ou na eventualidade de ser o Conselho de Segurança, agindo nos termos do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, a denunciar ao Procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes (cf. arts 12.º e 13.º do ETPI).

⁽⁶⁴⁾ Estes dispensam o carácter generalizado que os primeiros supõem, podendo pensar-se, por exemplo, nas “torturas e tratamentos vexatórios de prisioneiros de guerra, ainda que com carácter individual e pontual” (JAUME SAURA ESTAPÀ, «Algunas reflexiones en torno a wlión de la guerra y la seguridad y sus consecuencias en el disfrute de los derechos humanos», in *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, cit., p. 257).

⁽⁶⁵⁾ LOURDES HEREDIA, «Blackwater da la cara y se defiende», BBC Mundo, 3 de Outubro de 2007, disponível em http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_7025000/7025289.stm. Esta alteração da lei foi aprovada com 389 votos a favor e 30 contra. Entretanto, o Departamento de Estado informava que o FBI teria a seu cargo a investigação do caso *Blackwater*.

⁽⁶⁶⁾ Cf. JAMES RISEN, *ob. cit.*

4.3. O estatuto dos agentes das empresas militares privadas envolvidos em conflitos armados

Sendo certo que, como o próprio CICV esclareceu, o estatuto destas empresas não é regulado pelo direito humanitário ⁽⁶⁷⁾, há, pelo menos, que tentar apurar o dos seus agentes envolvidos em conflitos armados, face a esse mesmo direito, o que tem estrita conexão com a sua responsabilização. Todavia, a questão não se revela fácil de resolver face ao direito internacional humanitário vigente, podendo discutir-se várias hipóteses.

a) Combatentes?

Uma hipótese seria a de os considerar combatentes, uma vez que participam directamente e a título profissional nos combates em que se traduz o conflito armado. Porém, não parece adequado integrá-los nessa categoria. Atenuando alguma rigidez presente na noção de combatente constante do art. 4.ºA, 1), 2), 3) e 6), da III Convenção de Genebra, o art. 43.º do Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra (adiante referido como I PA) considera que “Os membros das forças armadas de uma Parte num conflito (que não o pessoal sanitário e religioso citado no artigo 33.º da Convenção III) são combatentes, isto é, têm o direito de participar directamente nas hostilidades”, explicitando que “as forças armadas de uma Parte num conflito compõem-se de todas as forças, grupos e unidades armadas e organizadas, colocadas sob um comando responsável pela conduta dos seus subordinados perante aquela Parte, mesmo que aquela seja representada por um governo ou uma autoridade não reconhecidos pela Parte adversa. Essas forças armadas devem ser submetidas a um regime de disciplina interna que assegure nomeadamente o respeito pelas regras do direito internacional aplicável nos conflitos armados”.

Não parece, portanto, poder-se incluir, na noção de combatente, os agentes das empresas militares privadas, uma vez que não há cadeia de comando clara, pois o Estado a ela renunciou ao subscrever o contrato com as referidas empresas. Se é certo que tal não faz precluir a responsabilidade estadual, como vimos, a verdade é que a mesma não decorre de um vínculo directo entre aquele que participa nos combates por conta do Estado e o próprio Estado ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ Efectivamente, o CICV esclarece que se e a actuação dos agentes dessas empresas em situação de conflito armado, o estatuto das próprias empresas não é regulado pelo direito internacional humanitário” (CICR, *Éclairage. Privatisation de la guerre, cit.*).

⁽⁶⁸⁾ “Por muito que, às vezes, um primeiro olhar sobre eles possa indicar o contrário, devemos recordar que os indivíduos adstritos a essas empresas não são, de modo algum, soldados. Por muito impressionante que possa ser a sua imagem (atendendo a como se vestem e como andam armados em muitas ocasiões), não deve haver confusão: são cidadãos particulares” (JESÚS A. NUÑEZ VILLAVARDE, *ob. cit.*, p. 75).

E o facto de não serem considerados combatentes afasta a sua legitimidade para participar directamente nas hostilidades e retira-lhes também o direito ao estatuto de prisioneiro de guerra, no caso de caírem em poder da Potência inimiga.

b) Membros da população civil?

O art. 50.º do I Protocolo Adicional, sob a epígrafe *Definição de pessoas civis e de população civil*, determina que “a população civil compreende todas as pessoas civis” (n.º 2), e que é civil “toda a pessoa não pertencente a uma das categorias mencionadas pelo artigo 4.º-A, alíneas 1), 2), 3) e 6), da Convenção III e pelo artigo 43.º do presente Protocolo. Em caso de dúvida, a pessoa citada será considerada como civil” (n.º 1).

Esta definição, pela negativa ⁽⁶⁹⁾, leva a que devam considerar-se civis todos aqueles que não são combatentes (*tertio non datur*). Ora, se, como vimos, não podemos considerar os referidos agentes das empresas militares como combatentes, restaria qualificá-los como civis. Todavia, repugna-nos tal qualificação — merecedora de particular protecção em tempo de conflito armado —, tendo em conta que esses agentes se encontram no território exactamente para participar directamente no conflito armado (o que está vedado à população civil) e que o fazem a título profissional.

Nesse sentido, o CICV afirmou, referindo-se aos membros do pessoal das EMPs: “a menos que façam parte das forças armadas de um Estado, trata-se de civis. Enquanto tais, não devem ser tomados por alvo. Todavia, se eles realizam actividades que se reconduzem a participar directamente nas hostilidades, perdem essa protecção contra os ataques” ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁹⁾ Esta via de definição foi considerada “a única solução satisfatória (...), a saber, que a população civil é constituída pelas pessoas que não fazem parte das forças armadas. Esta definição tem a grande vantagem de ser *ne varietur*”, até porque todas as definições que, ao longo dos tempos, foram sendo propostas, se revelam pouco precisas, tanto mais que as categorias de pessoas abrangidas variaram ao longo dos tempos (CLAUDE PILLOUD / JEAN PICTET, «Protocole I — Article 50», in *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds), Genève: Comité international de la Croix Rouge / Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 624, pars. 1913-1914).

⁽⁷⁰⁾ CICR, *Éclairage. Privatisation de la guerre, cit.* A propósito, o CICV revela a sua preocupação com a participação nos conflitos armados destes novos actores que, “em certas situações, aparecem aos observadores e às pessoas que operam no terreno como não sendo nem civis nem combatentes claramente identificados” pelo risco de corroer a distinção — fundamental para o direito humanitário — entre civis e combatentes. Acerca do princípio da distinção, veja-se MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, «O Princípio da Distinção como Princípio Fundamental do Direito Internacional Humanitário», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VI, 2009, pp. 413-442.

c) Mercenários?

O facto de os agentes das EMPs não se enquadrarem na noção de combatente, mas participarem directamente nos conflitos armados, levou a que fossem vários os autores a tentar inseri-los na categoria de mercenários, falando-se de uma nova vaga de mercenarismo, ou num mercenarismo moderno, parafraseando Tekfa⁽⁷¹⁾. Porém, também não parece que possam enquadrar-se no conceito de mercenários constante do art. 47.º do I PA. De acordo com essa disposição, o mercenário é o indivíduo que: “a) Seja especialmente recrutado no país ou no estrangeiro para combater num conflito armado; b) De facto participe directamente nas hostilidades; c) Tome parte nas hostilidades essencialmente com o objectivo de obter uma vantagem pessoal e a quem foi efectivamente prometido, por uma Parte no conflito ou em seu nome, uma remuneração material claramente superior à que foi prometida ou paga aos combatentes com um posto e função análogos nas forças armadas dessa Parte; d) Não é nacional de uma Parte no conflito, nem residente do território controlado por uma Parte no conflito; e) Não é membro das forças armadas de uma Parte no conflito; e f) Não foi enviado por um Estado que não é Parte no conflito, em missão oficial, na qualidade de membro das forças armadas desse Estado”⁽⁷²⁾. Nos termos do I PA, a consequência decorrente de ser qualificado como mercenário é não ter direito ao estatuto de combatente⁽⁷³⁾ ou de prisioneiro de guerra⁽⁷⁴⁾, embora tenham direito

⁽⁷¹⁾ YACINE HICHEM TEKFA, *ob. cit.* Efectivamente, a figura do mercenário é muito antiga, sendo certo que a sua actividade se foi adaptando, ao longo da História, às diversas circunstâncias de cada período. Assim, vemos referida a existência de mercenários pelo menos há mais de 3.000 anos, só no séc. XVII se generalizando os exércitos estaduais permanentes, o que conduziu a que, no Tratado da Paz de Westfalia, se afirmasse já a sua “lealdade” para com as autoridades soberanas (cf. INMA BAYARRI / RAFAEL MARTÍNEZ, «Las empresas militares y de seguridad privadas: entre la necesidad y el rechazo», in *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, cit., pp. 83-87). Veja-se, no mesmo sentido, PETER WARREN SINGER, «Un métier vieux comme le monde», *Le Monde Diplomatique*, Novembro 2004.

⁽⁷²⁾ Pelo que, não sendo combatentes, os mercenários devem ser vistos como civis, que se dedicam a uma actividade que está, em termos gerais, vedada aos civis. Por isso mesmo, a doutrina — e não o próprio DIH, em que tal qualificação não figura — insere-os na categoria de *combatentes ilegais*, que abrange “toda a pessoa que toma parte directa nas hostilidades sem ter direito a fazê-lo e que, por consequência, não pode ser classificada como prisioneiro de guerra se cair em poder do inimigo” (KNUT DÖRMANN, «The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”», *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, N.º 849, 2003, p. 46).

⁽⁷³⁾ Do que decorre a possibilidade de ser julgado pelo facto de participar directamente nas hostilidades.

⁽⁷⁴⁾ Sendo certo que não têm direito a reclamá-lo, podem dele beneficiar se a potência detentora entender conceder-lho (cf. LINDSEY CAMERON, «Private military companies: their status

a ver respeitadas as garantias fundamentais definidas no art. 75.º do mesmo diploma.

Ora, os agentes das empresas militares privadas não cumprem as exigências aí plasmadas — num documento que data de 1977⁽⁷⁵⁾ —, desde logo o requisito de não ser nacional de uma Parte no conflito, nem residente no território controlado por uma Parte no conflito. Pensando, uma vez mais, no caso das empresas militares privadas que actuaram no conflito e pós-conflito do Iraque, concluir-se-á que são de nacionalidade norte-americana ou residentes nos Estados Unidos pelo menos uma parte dos seus agentes⁽⁷⁶⁾. E, se é certo que estes agentes actuam com vista a uma remuneração superior à que obteriam nas forças armadas do Estado, a verdade é que o lucro principal vai para a empresa (por isso mesmo aparece constituída como tal, ou seja, como entidade que visa o lucro), e se verificam discrepâncias notórias na remuneração dos seus agentes, nomeadamente em atenção à sua origem⁽⁷⁷⁾.

under international humanitarian law and its impact on their regulation», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N.º 863, 2006, p. 579).

⁽⁷⁵⁾ Nessa época, a situação existente era a de indivíduos estrangeiros que vinham oferecer ao Estado os seus serviços, nomeadamente no contexto de conflitos coloniais, a troco de montantes que ultrapassavam largamente o que era pago aos membros das forças armadas desse Estado. A situação alterou-se entretanto substancialmente, até porque, ao nível da lei da oferta e da procura, se verifica, por via das empresas militares privadas, um alargamento substancial da oferta de serviços.

⁽⁷⁶⁾ Atendendo apenas a este elemento, poder-se-ia chegar à situação aberrante de dois contratados por uma das EMPs que aí actuavam e desenvolviam as mesmas tarefas militares terem um estatuto diferente — mercenário ou não mercenário — apenas porque um era nacional dos Estados Unidos ou aí residente e o outro não.

⁽⁷⁷⁾ Em 2005, Tekfa escrevia: “A indústria militar privada divulga um rendimento mundial de cerca de 100 biliões de dólares, sendo as maiores sociedades norte-americanas, dirigidas por republicanos e próximos dos neo-conservadores da administração Bush” (YACINE HICHEM TEKFA, *ob. cit.*, pp. 155-156). Em notícia da BBC, pode ler-se que a *Blackwater* factura US\$1,222 por dia, por cada agente, o que é uma quantia seis vezes superior ao que custa ao Governo dos Estados Unidos um soldado estadunidense. Obviamente, daqueles proventos auferidos pelas EMPs, a maioria fica para a própria empresa (cf. LOURDES HEREDIA, *ob. cit.*). Mas, no que se refere aos agentes destas empresas, há também discrepâncias notórias. Bondia Garcia distingue “duas categorias: os de alto nível (entre os quais se encontram ingleses, norte-americanos e ucranianos); e os que ingressam nesta actividade “levados pela miséria e pela fome”, que podem provir de quase qualquer país do mundo”. Os primeiros auferem de uma remuneração elevada, mas os últimos são fortemente explorados (mesmo o salário que lhes é prometido, não lhes chega a ser pago na totalidade), quando não alvo de maus tratos (cf. DAVID BONDIA GARCIA, «Un actor escasamente visualizado en Colombia: los mercenários», in *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, cit., p. 155). Acerca dos lucros das empresas e da exploração laboral dos seus agentes, veja-se também JESÚS A. NUÑEZ VILLAVARDE, *ob. cit.*, pp. 77-78. E a verdade é que “em alguns casos, as EMSPs receberam concessões de exploração de recursos naturais em troca da prestação de serviços de segurança a certos governos africanos” (A/HRC/7/7, de 9 de Janeiro de 2008, par. 26).

Coeva do I PA é a Convenção da Organização de Unidade Africana ⁽⁷⁸⁾ para a Eliminação do Mercenarismo em África ⁽⁷⁹⁾. Sendo certo que o conceito de mercenário que figura no art. 1.º desta convenção é praticamente decalcado sobre o que consta do I PA ⁽⁸⁰⁾, o n.º 2 do mesmo artigo vem criminalizar o Mercenarismo ⁽⁸¹⁾ — o que não acontece naqueloutro documento —, determinando que qualquer pessoa, singular ou colectiva, cuja actuação caiba na definição daquele crime comete num crime contra a paz e segurança em África e deverá ser punida em conformidade ⁽⁸²⁾.

No seio das Nações Unidas, viria a ser aprovada uma Convenção Internacional contra o Recrutamento, o Uso, o Financiamento e o Treino de Mercenários, pela resolução 44/34, de 4 de Dezembro de 1989, da Assembleia Geral, que entrou em vigor a 20 Outubro de 2001. Mais uma vez, o conceito de mercenário, que consta do n.º 1 do art. 1.º é muito próximo do que vimos figurar no I PA, apenas sem a exigência da *efectiva* participação directa nas hostilidades ⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁸⁾ Entretanto extinta e substituída pela União Africana.

⁽⁷⁹⁾ Efectivamente, o I PA foi adoptado a 8 de Junho de 1977 e esta Convenção a 3 de Julho do mesmo ano.

⁽⁸⁰⁾ Apenas a alínea *c*) é menos exigente, uma vez que apenas se determina que a motivação para a participação no conflito deverá ser a de obter uma remuneração material, não se exigindo que esta *seja claramente superior à que foi prometida ou paga aos combatentes com um posto e função análogos* nas forças armadas de quem contrata o mercenário.

⁽⁸¹⁾ Dispondo: “o crime de mercenarismo é cometido por qualquer indivíduo, grupo ou associação representativa de um Estado ou pelo próprio Estado que, com o objectivo de se opor pela violência armada a um processo de autodeterminação estável ou à integridade territorial de um outro Estado, pratica qualquer um dos seguintes actos: *a*) acolhe, organiza, financia, assiste, equipa, treina, promove, apoia ou de qualquer outro modo emprega bandos de mercenários; *b*) recruta, compromete-se ou tenta comprometer-se com os ditos bandos; *c*) permite que as actividades mencionadas na alínea *a*) sejam efectuadas em qualquer território sob sua jurisdição ou em qualquer local sob seu controlo ou concede facilidades de trânsito, transporte ou outras operações às forças acima mencionadas”.

⁽⁸²⁾ Cf. n.º 3 do mesmo artigo.

⁽⁸³⁾ No entanto, no n.º 2 dessa disposição, estabelece-se: “o termo “mercenário” abrange igualmente, em qualquer outra situação, toda a pessoa: *a*) que é especialmente recrutada no país ou no estrangeiro para tomar parte num acto concertado de violência visando: *i*) derrubar um governo ou de qualquer outro modo atentar contra a ordem constitucional de um Estado; ou *ii*) atentar contra a integridade territorial de um Estado; *b*) que tome parte num tal acto com vista essencialmente a obter uma vantagem pessoal significativa e seja levado a agir pela promessa ou pelo pagamento de uma remuneração material; *c*) que não seja nem nacional nem residente do Estado contra o qual esse acto é dirigido; *d*) que não tenha sido enviado por um Estado em missão oficial; e *e*) que não seja membro das forças armadas do Estado em cujo território o acto tem lugar”. Portanto, há, em alguns aspectos um alargamento do conceito (por exemplo, já não se exige que o montante recebido ou prometido seja claramente superior ao que foi prometido ou pago aos combatentes nem que a sua participação ocorra em *conflito armado*), embora se apertem as exigências ao especificar os objectivos que são prosseguidos por quem contrata.

Nesta Convenção determina-se que “Quem quer que recrute, utilize, financie ou instrua mercenários (...), comete uma infracção aos objectivos da Convenção” (art. 2.º), e que o mercenário que participe directamente nas hostilidades ou num acto concertado de violência comete, também ele, idêntica infracção ⁽⁸⁴⁾; e, ainda, que cabe aos Estados partes “reprim[ir] as infracções definidas na presente Convenção através de penas apropriadas que tomem em consideração a natureza grave dessas infracções” (n.º 3 do art. 5.º) ⁽⁸⁵⁾. Há que reconhecer que se trata de uma redacção bem menos incisiva do que a constante da Convenção da OUA sobre a matéria, em que estes comportamentos são qualificados como crimes e não como meras infracções ⁽⁸⁶⁾. Todavia, no seio da ONU — e concretamente da Comissão dos Direitos Humanos —, surgiram entretanto propostas em que a actividade do mercenário já é considerada crime ⁽⁸⁷⁾.

Sendo certo que os agentes das empresas militares e de segurança privadas não se enquadram nas noções de mercenários constantes das Convenções referidas, é também verdade que encontramos crescentemente a referência a estes beligerantes como um novo tipo de mercenarismo ⁽⁸⁸⁾, o que justifica que dediquemos umas breves considerações a esta questão próximo ponto do trabalho.

⁽⁸⁴⁾ Cf. art. 3.º, n.º 1, da Convenção em questão.

⁽⁸⁵⁾ Mas, como refere Joana Abrisketa, “reunir as condições desta Convenção na actualidade é tão complicado que paradoxalmente facilitou o trabalho das empresas de segurança militar e privada, que conseguiram não ser objecto de perseguição e permanecer numa espécie de limbo jurídico. Além do mais, os tratados internacionais centram a definição na ideia de que o indivíduo tenha sido especialmente recrutado para actuar num determinado conflito armado. Todavia, as companhias de segurança privada recrutam funcionários para largos períodos ou com base em contratos não vinculados a um conflito em especial” (JOANA ABRISKETA, «Blackwater: Los mercenarios y el derecho internacional», *FRIDE Comentario*, septiembre de 2007, p. 8).

⁽⁸⁶⁾ No entanto, para isso também pode ter contribuído — embora limitadamente — o facto de a prática desses actos poder ser imputada aos Estados (a al. *a*) do art. 16.º desta Convenção deixa claro que a mesma não afecta as normas aplicáveis relativas à responsabilidade internacional do Estado) e bem se sabe a controvérsia gerada em relação à utilização do termo *crime* para qualificar ilícitos graves do Estado que se traduziam em violações de normas consideradas de importância fundamental, prevista numa disposição (art. 19.º) de uma anterior versão do Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado por Factos Ilícitos, disposição cuja eliminação acabou por se revelar essencial para se conseguir a aprovação do dito Projecto. Sobre a questão, veja-se, a título de exemplo, ALAIN PELLET, «Vive le crime! Remarques sur les degrés de l'illicitude en droit international», *Le droit international à l'aube du XXIème siècle — Reflexions de codificateurs*, New York: Nations Unies, 1997, pp. 287-315.

⁽⁸⁷⁾ Como referido *infra*, n.º 94.

⁽⁸⁸⁾ Aliás, consciente desta problemática em torno do conceito, a Assembleia Geral das Nações Unidas solicitou ao Relator Especial da Comissão dos Direitos do Homem encarregado de estudar a questão da utilização dos mercenários que prosseguisse os seus trabalhos “com vista a propor uma definição mais clara do termo «mercenário»” (par. 10 do dispositivo da resolução 57/196, de 25 de Fevereiro de 2003).

4.4. Um novo tipo de mercenários?

Apesar das diferenças referidas entre os mercenários e os agentes das EMPs ⁽⁸⁹⁾, actualmente, são vários os autores que falam de mercenários num sentido que vai além daquele que consta das Convenções *supra* referidas ou mesmo que fazem equivaler os conceitos de mercenários e de empresas militares e de segurança privada, considerando que a separação das duas noções só faz acrescer um problema à regulação desta nova realidade ⁽⁹⁰⁾. Fala-se de um mercenarismo que “se estrutura em torno de verdadeiras empresas privadas de segurança e multinacionais militares. Garantir a segurança, fornecer uma assistência militar e vender conselhos estratégicos é o novo conceito do mercenarismo que consiste em recorrer a prestadores civis para realizar operações e tarefas militares sob contrato e frequentemente de modo não oficial” ⁽⁹¹⁾.

E a verdade é que o próprio Grupo de Trabalho ⁽⁹²⁾ fala de uma certa substituição do mercenário tradicional individual pelas EMPs ⁽⁹³⁾.

E, nesse sentido, o Relator Especial para a questão do uso de mercenários, Enrique Bernales Ballesteros veio, em 2003, propor a alteração da noção de mercenário constante da Convenção das Nações Unidas sobre Mercenários. Sendo certo que as exigências são, no essencial as mesmas, há aspectos que surgem mais desenvolvidos. Assim, trata-se de: *a)* pessoa especialmente recrutado para participar num conflito armado *ou em qualquer dos crimes definidos no art. 3.º* desta Convenção ⁽⁹⁴⁾; *b)* que não seja nacional de uma parte no con-

⁽⁸⁹⁾ A que se soma o facto de que “as actividades das EMPs são frequentemente sancionadas abertamente, de uma forma ou de outra, pelo Estado” (CHIA LEHMARDT, «Private military companies and states responsibility», *cit.*, p. 139), o que não acontece em relação aos clássicos mercenários.

⁽⁹⁰⁾ E o caso de JESÚS A. NUÑEZ VILLAVARDE, *ob. cit.*, pp. 81-82.

⁽⁹¹⁾ YACINE HICHEM TEKFA, *ob. cit.*, p. 155.

⁽⁹²⁾ Que veio substituir o anterior Relator Especial sobre da utilização dos mercenários.

⁽⁹³⁾ E justifica assim essa conclusão: “A externalização de um certo número de funções essenciais que estavam tradicionalmente confiadas aos exércitos ou às forças de polícia nacionais (...) ensombrou a fronteira entre os serviços públicos do Estado e o sector comercial privado, criando uma perigosa «zona cinzenta». Nas zonas de conflito armado, os funcionários das EMSP, que são contratados como civis mas armados como militares, operam nessas «zonas cinzentas» sem que se saiba claramente se têm o estatuto de combatente ou o de civil” (A/HRC/7/7, par. 25).

⁽⁹⁴⁾ Em que se criminaliza, no n.º 1, a participação directa do mercenário nas hostilidades bem como num acto de violência concertada (“Um mercenário, tal como definido no art. 1.º desta Convenção, que participe directamente nas hostilidades ou num acto concertado de violência, conforme os casos, comete um crime internacional para objectivos da Convenção. Um mercenário que participe nos seguintes actos também comete um ilícito internacional susceptível de ser processado judicialmente: desestabilização de governos legítimos, terrorismo, tráfico de pessoas, drogas e armas e qualquer outro tráfico ilícito, sabotagem, assassinato selectivos, crime transna-

flito nem residente em território controlado por uma parte no conflito ou num país em que o crime é cometido ⁽⁹⁵⁾; *c)* que é motivada para participar no conflito lucro ou desejo de um proveito material; *d)* que não seja parte das forças armadas regulares ou das forças de polícia da parte pela qual a pessoa luta ou do Estado em cujo território o acto concertado de violência é perpetrado, nem deve ter sido enviado por um Estado que não é parte no conflito em funções oficiais como membro das suas forças armadas” ⁽⁹⁶⁾.

Como decorre, das considerações anteriores, também esta noção não cobrirá todos os agentes de EMPs envolvidos directamente em conflitos armados, embora constitua um avanço em relação à noção anterior. Mas, ao menos para já, não passa de uma proposta de reformulação da noção vigente da referida Convenção.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atendendo às breves considerações que tecemos a propósito da privatização dos conflitos armados, não parece haver grande vantagem no recurso a EMPs para desenvolver funções tipicamente militares ou que a assunção de tais funções possa reconduzir-se à questão do uso de mercenários. E, nesse sentido, o Grupo de Trabalho cuja designação indica que versa sobre a utilização de mercenários optou por elaborar o já referido Projecto de Convenção sobre as sociedades militares e de segurança privadas (EMSPs) — tratadas portanto de forma autó-

cional organizado, controlo pela força de recursos naturais valiosos e posse ilegal de materiais nucleares ou bacteriológicos”). Veja-se *Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination. Report submitted by Mr. Enrique Bernales Ballesteros, Special Rapporteur* (E/CN.4/2004/15, de 24 de Dezembro de 2003, par. 47).

⁽⁹⁵⁾ Porém, admite-se a possibilidade da existência de um vínculo de nacionalidade com país afectado pelo crime, quando o nacional é contratado para cometer o crime no seu país de nacionalidade e usa o seu estatuto de nacional para ocultar o facto de estar a ser usado como mercenário pelo Estado ou organização que o contratou. É excluída a nacionalidade obtida fraudulentamente.

⁽⁹⁶⁾ E/CN.4/2004/15, de 24 de Dezembro de 2003, par. 47, art. 1.º, *b)*. De acordo com o n.º 2 do art. 1.º deste Projecto, é também qualificado como mercenário aquele que, em qualquer outra situação, seja “especialmente recrutado localmente ou no estrangeiro com vista a participar num acto concertado de violência dirigido a: derrubar um governo ou de outro modo minar a ordem constitucional, legal, económica ou financeira ou os recursos naturais valiosos de um Estado; minar a integridade territorial e as infra-estruturas territoriais básicas de um Estado; cometer um ataque à vida, integridade e segurança das pessoas ou cometer actos terroristas; negar a autodeterminação ou manter regimes racistas ou ocupação estrangeira”, mantendo-se as exigências das alíneas *b)*, *c)* e *d)*”.

noma — em que afirmou o princípio de que “[n]enhum Estado pode delegar ou subcontratar a EMSP funções intrinsecamente estaduais”, princípio que nos parece orientar-se no bom caminho.

A verdade é que o pessoal destas empresas não é bem visto pela população dos locais em que actuam, desde logo pelos excessos que vêm cometendo ⁽⁹⁷⁾, sendo certo que a impunidade que se tem verificado em relação a esses agentes, não contribui para uma mudança na sua atitude. Além disso, a forma de recrutamento do pessoal destas empresas não dá quaisquer garantias de uma formação básica que lhes confira os conhecimentos — pelos menos dos princípios fundamentais — do direito aplicável no decurso dos conflitos armados.

Parece-nos, por isso, que se se demorou tantos séculos até se conseguir a institucionalização de exércitos estaduais, com formação específica, a quem cabe usar a força armada em último recurso — aspecto hoje regulado pela Carta das Nações Unidas que o restringe às situações de legítima defesa ou à existência de uma autorização do Conselho de Segurança —, a privatização dos conflitos armados se traduz num grave retrocesso, levando a que os mesmos sejam travados por quem não tem o conhecimento acerca das normas jurídicas que os regulam que têm dos membros dos exércitos nem partilha dos seus códigos de conduta e de honra ou dos seus valores éticos.

Além disso, há um outro argumento — para nós decisivo — contra essa privatização. É que, como facilmente se percebe, se os Estados se comprometem, na ordem internacional, em regular as suas relações por meios pacíficos e a grande preocupação em situação de conflito armado é pôr-lhe termo ⁽⁹⁸⁾, para as EMPs não há interesse em terminar o conflito, uma vez que a sua manutenção é que lhe dá mercado de trabalho; ou seja, a razão da sua existência é a verificação de conflitos armados em que possam actuar e é a sua manutenção

⁽⁹⁷⁾ A propósito da forma como a população local vê os funcionários dessas empresas, refere-se, no Relatório do Grupo de Trabalho, um estudo preliminar que incidiu sobre dois casos concretos (Angola e Afeganistão), em que se concluiu que os mesmos são vistos como podendo “favorecer a insegurança perpetuando uma «cultura da guerra»; e que são expressas inquietações quanto à falta de transparência, que alimenta a imprecisão sobre a responsabilidade dessas sociedades e dos seus agentes e sobre a sua obrigação de prestar contas. A população local no Afeganistão parece também considerar que fundos necessários para a reconstrução do país são usados para remunerar sociedades privadas, o que, paradoxalmente, faz correr o risco de impedir a estabilização da paz no país” (A/HRC/7/7, de 9 Janeiro de 2008, par. 47).

⁽⁹⁸⁾ Nesse sentido, Münkler refere que “a primeira consequência da passagem da guerra para o controlo do Estado foi de que, como regra, as hostilidades tornaram-se mais curtas, estando os dois lados interessados num rápido e decisivo desfecho. O meio para chegar a esse resultado era a batalha e assim surgiu um tipo de condução das guerras com vista a esse objectivo, ou seja, a conduzir as batalhas com vista a terminar a Guerra e concluir a paz” (HERFRIED MÜNKLER, *ob. cit.*, p. 14).

que as alimenta ⁽⁹⁹⁾. Cremos, por isso, que se verifica uma *incompatibilidade absoluta* entre o objectivo da manutenção da paz, expresso *inter alia* na Carta das Nações Unidas, e a participação de EMPs em conflitos armados, pelo que essa participação não deve ser admitida.

A verdade é que não conseguimos descortinar qualquer virtualidade nesta contratualização do uso da força a privados que, segundo Nuñez Villaverde “pode equiparar-se a uma bomba de profundidade sobre uma ideia que sustentou a segurança e a defesa nacional nos últimos séculos, sem que se ofereça nada melhor como substituto” ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁹⁾ O que já levou a que um grupo mercenário tenha iniciado o conflito num bando e no decurso do mesmo se tenha passado para o outro lado (JESÚS A. NUÑEZ VILLAVARDE, *ob. cit.*, p. 79).

⁽¹⁰⁰⁾ JESÚS A. NUÑEZ VILLAVARDE, *ob. cit.*, p. 75.