Lusíada
Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Pinheiro, José Penim

Obediência a ordens superiores no direito internacional penal : breves notas

http://hdl.handle.net/11067/8488
https://doi.org/10.34628/YJ87-AE93

Metadados

Data de Publicação 2026

Resumo A presente investigação tem por objeto o problema da obediência a ordens superiores do direito internacional penal, problema esse que suscita dilemas complexos e algumas contradições dogmáticas. Pretende-se, em primeiro lugar, compreender, aduzindo uma súmula histórico-descritiva, como evoluíram os fundamentos que têm sido invocados de forma a justificar a exclusão de responsabilidade penal, ao nível internacional, dos agentes criminosos, cujo motor impulsionador foi uma ordem emanada de um supe...

This research focuses on the problem of obedience to superior orders in international criminal law, a problem that raises complex dilemmas and some dogmatic contradictions. Firstly, it aims to understand, by providing a historical and descriptive summary, how the grounds that have been invoked to justify the exclusion of criminal responsibility at the international level for criminal agents, whose driving force was an order issued by a superior, have evolved, in order to assess how the correspon...

Editor Universidade Lusíada Editora

Palavras Chave Direito penal internacional - Portugal

Tipo article

Revisão de Pares Não

Coleções [ULL-FD] LD, s. 2, n. 35 (2026)

Esta página foi gerada automaticamente em 2026-10-30T03:35:19Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

José Penim Pinheiro
Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais (CEJEIA), Universidade Lusíada
jose.p.pinheiro96@gmail.com
0000-0002-0054-7490

Submetido em 15/10/2025 • Aprovado em 25/03/2026 • Publicado em 13/04/2026

A obediência a ordens superiores no Direito Internacional Penal. Breves notas

Obedience to superior orders in international criminal law. Brief notes

Resumo: A presente investigação tem por objeto o problema da obediência a ordens superiores do direito internacional penal, problema esse que suscita dilemas complexos e algumas contradições dogmáticas. Pretende-se, em primeiro lugar, compreender, aduzindo uma súmula histórico-descritiva, como evoluíram os fundamentos que têm sido invocados de forma a justificar a exclusão de responsabilidade penal, ao nível internacional, dos agentes criminosos, cujo motor impulsionador foi uma ordem emanada de um superior hierárquico, de forma a aquilatar como se consolidou o correspondente instituto penal internacional. Em segundo, numa perspetiva dogmático-crítica, pretende-se analisar a forma como a doutrina – bastas vezes substanciada pelos subsídios jurisprudenciais – tem construído e debatido o conceito de ordens superiores, quer, propedeuticamente, na vertente interna, quer, particularmente, na vertente internacional. A final, intenta-se relacionar os subsídios jurídico-dogmáticos pressupostos pela figura da obediência a ordens superiores com a noção teorética de domínio do facto, de forma a aquilatar se, do ponto de vista político-criminal, se reputa por adequada a exclusão da responsabilidade criminal internacional de quem atua sob um comando superior.

Palavras-chave: Obediência | Ordens superiores | Hierarquia | Exclusão da responsabilidade | Domínio do facto | Inexigibilidade.

Abstract: This research focuses on the problem of obedience to superior orders in international criminal law, a problem that raises complex dilemmas and some dogmatic contradictions. Firstly, it aims to understand, by providing a historical and descriptive summary, how the grounds that have been invoked to justify the exclusion of criminal responsibility at the international level for criminal agents, whose driving force was an order issued by a superior, have evolved, in order to assess how the corresponding international criminal institution has been consolidated. Secondly, from a dogmatic-critical perspective, the aim is to analyse how doctrine – often substantiated by case law – has constructed and debated the concept of superior orders, both propaedeutically, at the domestic level, and particularly at the international level. Finally, it seeks to relate the legal-dogmatic subsidies presupposed by the figure of obedience to superior orders with the theoretical notion of control of the act, in order to assess whether, from a political-criminal point of view, it is considered appropriate to exclude international criminal responsibility from those who act under superior command.

Keywords: Obedience | Superior orders | Hierarchy | Exclusion of liability | Control of act | Inexigibility.

Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

turnitin Texto submetido à plataforma de deteção de similaridade e plágio Turnitin.

Os textos que constituem esta obra seguem, por decisão do respetivo autor, a antiga ou a atual grafia.
O conteúdo desta obra é da exclusiva responsabilidade do seu autor e não vincula a Fundação Minerva | Universidade Lusíada.

ISSN 2182-4118
e2183-2064

José Penim Pinheiro

A obediência a ordens superiores no Direito Internacional Penal. Breves notas

Obedience to superior orders in international criminal law. Brief notes

doi 10.34628/YJ87-AE93

Sumário:
1. Introdução. 2. Breve itinerário histórico. 3. Enquadramento jurídico-dogmático da obediência a ordens superiores como causa de exclusão da responsabilidade no plano interno. 3.1. A ordem superior ilícita. 3.2. A pressão condicionante exercida pela ordem no processo decisório do subalterno. **4. A obediência a ordens superiores no Direito Internacional Penal: enunciação do problema e enquadramento teorético-dogmático.** 4.1. A *absolute defense*. 4.2. A *absolute liability approach*. 4.3. A *conditional liability approach*. **5. Do domínio do facto e da inexigibilidade do cumprimento da ordem superior. 6. Síntese conclusiva. 7. Referências bibliográficas.**

Summary:
1. Introduction. 2. Brief historical overview. 3. Legal-dogmatic framework of obedience to superior orders as a ground for excluding liability at the domestic level. 3.1. The unlawful superior order. 3.2. The conditioning pressure exerted by the order on the subordinate's decision-making process. **4. Obedience to superior orders in International Criminal Law: problem statement and theoretical-dogmatic framework.** 4.1. The absolute defense. 4.2. The absolute liability approach. 4.3. The conditional liability approach. **5. On the domain of fact and the unreasonableness of complying with a superior order. 6. Conclusive synthesis. 7. Bibliographic references.**

1. Introdução

Como muitos autores têm evidenciado, a *defense*, no âmbito do direito internacional penal, concernente à *obediência a ordens superiores,* tem sido objeto de elevada controvérsia, quer dogmática, quer filosófica, quer praxiológica, face à sua natureza eminentemente dilemática. O problema é o seguinte: que conduta deve adotar o inferior hierárquico/subalterno, na sequência de uma ordem promanada de um superior, cujo conteúdo materializa a prática de um ilícito criminal? Deverá abster-se da prática do ato ínsito na ordem, ou, ao invés, deverá prossegui-la ao abrigo de qualquer autoridade pública? O problema reveste maior acuidade em contexto de guerra, dado que uma conduta pode revelar-se desejável, do ponto de vista interno, a fim de prosseguir interesses estatais, pese embora constitua um crime de guerra ou contra a humanidade. Em tais casos, deverá o inferior hierárquico/subalterno – inserido, tipicamente, numa estrutura militar rígida e complexamente hierarquizada – abster-se da prática do facto concreto contido na ordem e enfrentar uma punição mi-

litar ou interna – não raro o pelotão de fuzilamento -, ou deverá obedecer ao comando superior e enfrentar, eventualmente, um tribunal internacional (ou mesmo interno, cuja jurisdição se associa ao Estado onde foi cometido o crime) e deparar com uma sanção criminal (não raro, a pena perpétua ou a pena de morte, em alguns casos)?[1]

A questão dilemática aqui apontada merece tratamento dogmático, tanto mais que a conjuntura de guerra se recorta intemporal, havendo que prever situações típicas de defesa que possam socorrer aqueles cuja vontade se vislumbrou altamente comprimida e/ou dependente de um comando superior, questão esta que, *prima facie*, se vê envolvida num itinerário histórico-jurisprudencial aturado, para, a jusante, lograr consagração convencional internacional e, por vias disso, teorético-dogmática. Assim, e face ao enquadramento temporal, a presente investigação, pese embora não se concretize numa monografia com o devido aprofundamento e exaustividade merecidos pela complexidade do tema, obedecerá à seguinte razão de ordem:

a) Breve itinerário histórico da obediência a ordens superiores no direito internacional penal – intentar-se-á uma exposição tendencialmente mais descritiva da invocação da obediência a ordens superiores no quadro da principal *jurisprudência de guerra*, sem olvidar, contudo, o pensamento filosófico e doutrinal que se erigiu em seu substrato;
b) Enquadramento jurídico-dogmático da defesa a ordens superiores: convocaremos subsídios internos para efeitos de substanciação do conteúdo da *ordem* e da *obediência*[2], pese embora o correspetivo regime não seja, na sua totalidade, dotado de virtualidade para a resolução do nosso problema, havendo que encará-lo à luz do direito internacional penal, mormente por referência às construções dogmáticas que se vieram a edificar a este respeito, cuja tendência polarizadora tem mantido o debate aceso, impondo-se uma apreciação crítica;
c) Da necessidade da invocação da ideia de inexigibilidade por via do enxerto de outro elemento axiológico-normativo, inferível da coação, como

[1] Cfr. Francisco Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Penal Internacional*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 464; Paola Gaeta, "The Defense of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law", *in European Journal of International Law,* Vol. 10, 1999, p. 173.

[2] Como relembram Roxin / Greco, uma vez que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ERTPI) possui uma parte geral com alguma extensão, cujas matérias são essencialmente compatíveis com o direito interno, este pode revelar-se de grande utilidade na construção dogmática da parte geral do direito internacional penal, donde a importância da revisitação, ainda que a breve trecho, da doutrina pátria sobre a presente matéria. Cfr. Claus Roxin / Luís Greco, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo 1. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime*, trad. da 5.ª edição alemã (org. de Luís Greco e Alaor Leite), São Paulo: Marcial Pons, 2024, pp. 291-292 (§4/nm55). Refira-se, no entanto, que os regimes têm diferenciações, pelo que o problema no plano jusinternacional merece uma reflexão mais ponderada.

causa de exclusão da responsabilidade – a mera obediência a ordens superiores não basta, por si só, para operar como causa de exclusão da responsabilidade criminal no plano internacional, sendo mister verificar-se que a vontade do inferior hierárquico se encontra altamente comprimida, situação em que, por existir, por norma, uma vontade concorrente dominante da sua própria vontade, por via da coação veiculada na ordem – havendo como que uma imbricação íntima entre ordem e coação –, sobrevém a operatividade de uma ideia de inexigibilidade.

2. Breve itinerário histórico

A relevância da obediência a ordens superiores tem sido objeto de um itinerário histórico e filosófico altamente complexo.

Desde logo, e do ponto de vista filosófico, a ideia já se encontrava plasmada no pensamento de Thomas Hobbes (1588-1679), o qual, na sua obra *Do Cidadão*, propugnava que *"Realmente constitui um pecado meu aquilo que, ao cometer, eu acredito ser meu pecado; mas o que eu acredito ser pecado de outrem eu posso às vezes praticar sem com isso pecar",* pelo que *"Assim, se eu travar guerra por ordem do meu príncipe, embora considere injusto travar tal guerra, não estarei agindo contra a justiça; serei injusto, isso sim, se me recusar a guerrear, arrogando-me o conhecimento do que é justo e injusto, que compete apenas a meu príncipe"*[3].

Em sentido oposto, Hugo Grócio (1583-1645) e John Locke (1632-1704) surgem, no plano jusfilosófico, como defensores de uma limitação à operatividade do cumprimento das ordens superiores, limitação essa que se prende com a salvaguarda da legalidade. Com efeito, para Locke, uma ordem superior que se repute ilegal não deve ser aceite, posto que o ser humano deve obediência, sobretudo, à lei. Grotius, na mesma linha, defendia que a única forma de prevenir a injustiça seria pelo não cumprimento de ordens superiores ilegítimas. É, sobretudo, esta ideia que, ulteriormente, vai dominar o pensamento, não só ao nível jusinternacional, como ao nível interno[4].

É essencialmente, como enunciado, em contexto beligerante, e por vias disso, num quadro essencialmente casuístico, que a *defense* da obediência a ordens superiores se faz manifestar com particular acuidade.

O primeiro precedente neste quadro prende-se com o julgamento de Peter von Hagenbach, governante de Breisach, de Carlos da Borgonha, em 1474, por um tribunal *ad hoc,* que teve por objeto a apreciação da implementação de políticas de repressão pelo Arguido, por instrução de Carlos da Borgonha,

[3] Thomas Hobbes, *Do Cidadão*, trad. de Renato Ribeiro, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 183 (XII, 2/7).

[4] Cfr. Geneviève Dufour, "La Défence D'Ordres Supérieurs Exist-t-elle Vraiment?", *in RICR*, Vol. 82, n.º 840, 2000, pp. 969-993.

tendentes a eliminar a oposição (referente ao arquiducado da Áustria), que teve refrações aniquiladoras da *Lei de Deus e dos Homens*, mediante a prática de homicídios, violações, perjúrio e outros factos criminosos. Em sua defesa, sustentou o mandatário de Hagenbach que, como soldado que era, não tinha autoridade para questionar as ordens e exigências do Duque da Borgonha. No entanto, o tribunal rejeitou a argumentação eximente, dado que os factos praticados pelo Arguido violaram a *Lei de Deus*[5].

A oscilação problemática que ora sobressai também se fez sentir no plano da doutrina do direito internacional público, objeto de subsequentes *absorções casuísticas*, designadamente até ao termo da 1.ª Grande Guerra.

Em 1906, na 1.ª edição do seu *Tratado de Direito Internacional,* Lassa F. Oppenheim, sustentava, como regra operativa de direito internacional da guerra, que os membros inferiores das forças militares não deveriam ser punidos, dado que os seus comandantes são os seus representantes últimos (ou, em último termo, o próprio governo). Nas suas palavras: *"Se os membros das forças armadas cometeram infrações por ordem do seu governo, não são criminosas e não podem ser punidas pelo inimigo; este último pode, no entanto, recorrer a represálias. No caso de os membros das forças armadas cometerem infrações ordenadas pelos seus comandantes, aqueles não podem ser punidos, uma vez que os comandantes são os únicos responsáveis, podendo, por conseguinte, ser punidos como criminosos de guerra quando forem capturados pelo inimigo"*[6]. Esta formulação teve relevância operativa no Pós 1.ª Grande Guerra, embora a jusante, face à ideia de corresponsabilização, nela se compreendendo a ideia de consciência da patente ilicitude material dos crimes perpetrados em contexto internacional e de liberdade de ação do subalterno, sobreviesse uma exigência adicional, assente na virtualidade condicionante volitiva da ordem, para efeitos eximentes.

Vejamos.

A operatividade de tal regra fez-se sentir, assim, desde logo, no pós 1.ª Guerra Mundial, no âmbito dos julgamentos de Leipzig, que tiveram lugar em 1921, e que compreenderam os julgamentos de criminosos de guerra alemães, relevando destacar o *Llandovery Castle Case* e o *Dover Castle Case*.

No primeiro, estava em causa o torpedeamento de um navio-hospital britânico por um submarino alemão no Oceano Atlântico, torpedeamento esse levado a cabo pelo respetivo comandante e por dois oficiais. Os oficiais invocaram a defesa baseada no cumprimento de ordens superiores. Malgrado, o

[5] Cfr. Mathew R. Lippman, "Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defense", *in Penn International Law Review*, Vol. 20, n.º 1, 2001, pp. 158-159.

[6] Lassa F. Oppenheim, *International Law – A Treatise – Vol. II – War and Neutrality*, London: Longmans, Greend, and CO., 1906, pp. 310-311.

Supremo Tribunal de Leipzig sustentou que, caso o subordinado tenha conhecimento que a ordem que emana do superior é suscetível de violar o direito civil ou militar, ele poderá ser responsabilizado pela comissão do facto ínsito na ordem. Pese embora aquela instância tenha sublinhado que os inferiores não são obrigados a pôr em causa a ordem que lhes é dirigida, podendo, ademais, em condições de normalidade, presumir a sua conformidade com o direito, tal presunção é apartada se a ordem se reputar universalmente como antijurídica, pelo que não atendeu à invocação exoneratória dos Arguidos[7].

No segundo – *Dover Castle Case* –, que se revelou o caso mais relevante no quadro da defesa em análise no contexto temporal em apreço, estava em causa o envolvimento do comandante Karl Neumann no torpedeamento de um navio-hospital britânico (*Dover Castle*), que transportava doentes e feridos de Malta para Gibraltar. A defesa invocou que o Arguido atuou de acordo com um comando emanado do Almirantado Alemão, o qual havia instruído os comandantes a abater os navios-hospital que navegavam pelo Mediterrâneo, posto que estes estavam a ser afetos a finalidades militares. O Supremo Tribunal de Leipzig considerou, por um lado, que a obrigação de obedecer a ordens superiores se erige num rígido princípio jurídico-militar, relevando, do ponto de vista penal, como imputação de responsabilidade pelo ilícito, a título de exclusividade, ao superior hierárquico, princípio esse que se conforma, em primeira linha, com o Código Penal Militar e, mais generalizadamente, com os princípios legais dos Estados Civilizados; por outro, o Estado-Maior do Almirantado constituía a mais alta autoridade no quadro da hierarquia funcional onde se inseria o Arguido, pelo que sobre este impendia o dever de obediência às ordens emanadas daquele. Assim, na medida em que obedeceu, não poderia ser responsabilizado criminalmente, tendo o mesmo sido absolvido[8].

Os *Leipzig Trials* revelaram cristalinamente a operatividade eximente da obediência a ordens superiores, embora exigências de maior se fizessem sentir nos casos subsequentes e nos normativos de jaez convencional que vieram a ser instituídos e adotados por alguns Estados.

Após a 2.ª Guerra Mundial, houve lugar, ante as atrocidades cometidas pelo regime Nazi e por toda a sua engrenagem burocrática, aos julgamentos de Nuremberga, a cargo de um Tribunal Militar Internacional, onde foram julgados, por crimes de guerra e contra a humanidade, uma panóplia de personalidades do mais alto escalão hierárquico nacional-socialista, onde, não

[7] Cfr. Charles Garraway, "Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered or Justice Denied", *in International Review of Red Cross*, Vol. 81, XXVII, Conférence Internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge/27th International Conference of Red Cross and Red Crescent, 1999, p. 787; Mathew R. Lippman, "Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defense", *cit.,* pp. 168-169.

[8] Cfr. "German War Trials: Judgment in Case of Commander Karl Neumann", *in The American Journal of International Law,* Vol. 16, N.º 4, 1922, pp. 705-708.

obstante a magnitude dos crime perpetrados, foi invocada, não raro, a defesa referente à obediência a ordens superiores, por referência à realização da vontade do *Führer*.

A formulação da obediência a ordens superiores consignada na Carta de Londres que instituiu o Tribunal de Nuremberga já mitigava sobejamente o alcance eximente de tal *defense*. No seu artigo 8.º dispunha-se que *"O facto de o Arguido ter agido de acordo com as ordens do seu Governo ou de um superior não o isenta de responsabilidade, mas pode ser considerado como atenuante da pena se o Tribunal determinar que a justiça assim o exige".*

A eventual operatividade atenuante soçobrou, pois, com as exigências de justiça que se fizeram sentir em tais julgamentos, sendo que a invocação de tal defesa se tornou, essencialmente, supérflua, pois, como sugestivamente expôs Sir Artley Shawcross, representante da acusação pelo Reino Unido, *"lealdade política e obediência militar são coisas excelentes, mas não requerem ou justificam a perpetração de violência"*. Com efeito, face a determinado tipo de atos, e de acordo com imperativos de consciência – que hão de convocar uma moral mínima -, o indivíduo deve recusar-se a obedecer a uma ordem que leve à comissão de atos humanamente injustificáveis[9]. Nesta linha de ideias, ficou erigido como princípio que o cumprimento de uma ordem, para efeitos de exclusão da responsabilidade criminal internacional, só relevaria se se concluísse que o agente não teve a possibilidade, do ponto de vista moral, de agir de outra forma, i.e., se não fosse moralmente livre de escolher[10]. Malgrado, no *Einsatzgruppen Case,* as ordens superiores foram emblematicamente associadas a um tipo de coação, aí se tendo considerado que certos comandantes militares no terreno com responsabilidades de longo alcance não podem ser responsabilizados, conquanto se tenha, aqui, apelado à não ostensividade da ilicitude ou à falta de conhecimento da ilegalidade da ordem[11].

Após os Julgamentos de Nuremberga, assistiu-se a um esforço de iniciativa normativo-convencional, de forma a sintetizar os princípios de direito internacional resultantes das conclusões daquele Tribunal Internacional Militar. Desde logo, a Comissão de Direito Internacional apelou a que se testasse se era mesmo possível uma escolha moral, teste esse malogrado na Conferência Diplomática de 1949, no âmbito das Convenções de Genebra[12].

---

[9] Cfr. Jacques Verhaegen, "Le Refus D'Obéissance aux Ordres Manifestment Criminels – Pour une Procédure Accessible Aux Subordonnés", *in RICR*, Vol. 84, 2002, n.º 845, p. 35.

[10] Cfr. Jacques Verhaegen, "Le Refus D'Obéissance aux Ordres Manifestment Criminels – Pour une Procédure Accessible Aux Subordonnés", *cit.,* p. 36.

[11] Cfr. Charles Garraway, "Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered or Justice Denied", *cit.,* p. 789.

[12] Cfr. Maurice Aubert, "The Question of Superior Orders and The Responsibility of Commanding Officers", in *International Review of the Red Cross*, n.º 263, 1988, pp. 107-108.

Os acontecimentos das Guerras Mundiais levaram a uma mudança no pensamento da doutrina jusinternacional. Tal ficou patenteado na alteração da posição até aí sufragada por Lassa Oppenheim. Este Autor, na sexta edição do seu *Tratado de Direito Internacional*, veio sustentar que o facto de o inferior ter agido com base numa ordem não torna o facto praticado lícito, não lhe retirando, por vias disso, o caráter de crime de guerra e, consequentemente, não conferindo ao perpetrador o estatuto de imunidade. Em conclusão, acrescentou Oppenheim, que o princípio geral, neste conspecto, deverá assentar em que os membros das forças armadas só são obrigados a cumprir ordens que se reputam conformes com o direito, não podendo apartar-se da responsabilização, se, em obediência a uma ordem, perpetraram atos que violaram regras incontestadas de guerra e os sentimentos gerais da humanidade[13].

Ainda do ponto de vista casuístico, faz-se mister convocar o caso *Eichmann*. Adolf Eichmann, após ter sido intercetado na Argentina sob uma identidade falsa pela Mossad (Serviços Secretos Israelitas) e, de forma forçada, transportado para Israel, foi submetido a julgamento no Tribunal de Jerusalém, acusado pelo cometimento de crimes contra o povo judeu e de crimes contra a humanidade, nos termos da Lei de 1 de agosto de 1950 (crimes perpetrados pelos Nazis e pelos colaboradores dos Nazis)[14]. Não obstante as diversas questões jurídicas que foram suscitadas – como a legitimidade, a competência, etc.[15] -, um dos principais argumentos invocados pela defesa assentou na obediência a ordens superiores, dado que o Arguido, alegadamente, nunca havia praticado diretamente qualquer dos crimes por que vinha acusado. Sucede que Eichmann, no exercício das suas funções de chefia da Secção IV-B4 do Departamento de Segurança do Reich, procedeu à organização e dirigiu a coordenação da deportação dos judeus, quer do Reich, quer de países diretamente influenciados e/ou controlados pelo Reich, para campos de concentração, onde vieram a ser torturados e mortos, num quadro de extermínio racial em massa. Pelo que, no entender do Tribunal de Jerusalém, Eichmann não se limitou a cumprir ordens ou a pertencer a determinado tipo de organização, antes empreendeu uma conduta ativa[16]. Para além da obediência a ordens

[13] Cfr. Lassa F. Oppenheim, *International Law – A Treatise: Disputes, War and Neutrality,* 6.ª edição, 1944, p. 453, *apud* Mathew R. Lippman, "Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defense", *cit.,* pp. 174.175.

[14] Cfr. Hans W. Baade, "The Eichmann Trial: Some Legal Aspects", *in Duke Law Journal*, n.º 3, 1961, pp. 400-401.

[15] Desenvolvidamente, Cfr. Hans W. Baade, "The Eichmann Trial: Some Legal Aspects", *cit., passim*.

[16] Cfr. Kai Ambos, "Algunas Consideraciones Sobre el Caso Eichmann", trad. de Diego Sandino e María Dómine, *in Revista de Derecho Penal*, n.º 36, 2012, p. 12. Eichmann, algo obstinado com a moralidade subjacente ao cumprimento das ordens, ostentou discursivamente que, dado que durante toda a sua vida tinha sido um escrupuloso cumpridor da lei, só haveria atuado contra a sua consciência se não tivesse cumprido as ordens que lhe haviam sido veiculadas. Sucede, porém, que a consciência axiológica de Eichmann estaria fortemente

superiores, a defesa invocou ainda um argumento dela derivante, assente na constatação de que, ainda que Eichmann se tivesse negado a obedecer aos comandos superiores, tal não obstaria à execução da *Solução Final* do problema judaico, face à complexidade inerente à engrenagem do aparelho estatal, havendo que imputar a autoria de tais crimes, não ao agente, mas ao próprio Estado. Tal argumento não procede, desde logo, porque a *"causalidade alternativa"*, só por si, desacompanhada de um irrefragável condicionalismo psicológico, irreleva para efeitos de determinação da autoria do crime e do ulterior juízo de culpabilidade. Acresce que, como já se enunciou, Eichmann não era um simples executor de ordens – ele próprio também impunha comandos individuais e concretos a subordinados seus, de forma a otimizar os resultados pressupostos pela *Solução Final* do problema judaico. O Tribunal de Jerusalém relevou, ademais, que, face à gigantesca proporção e gravidade dos crimes em mérito, os quais compreenderam múltiplas ramificações, não seria razoável aplicar rigidamente as regras conceptuais associadas à instigação e à cum-

deturpada face à sua afetação funcional à engrenagem da máquina Nazi. Como magistralmente veio a demonstrar Hanna Arendt, *"O problema, no caso de Eichmann, era que havia muitos como ele, e que estes muitos não eram nem perversos nem sádicos, pois eram, e ainda são, terrivelmente normais, assustadoramente normais. Do ponto de vista das nossas instituições e dos nossos valores morais, esta normalidade é muito mais aterradora do que todas as atrocidades juntas, pois ela implica (…) que este novo tipo de criminoso, sendo, na realidade, um* hostis humani generis, *comete os seus crimes em circunstâncias tais que lhe tornam impossível saber ou sentir que está a agir erradamente"*. Hanna Arendt, *Eichmann em Jerusalém – Uma Reportagem Sobre a Banalidade do Mal*, trad. de Ana Corrêa da Silva, Lisboa: Relógio D'Água, 2024, p. 381 (quanto à questão precedente, pp. 89 e ss.). Contudo, este é um problema bem diferente da ausência de *mens rea*, assente no que a Autora veio a designar de *banalidade do mal*, problema esse que ainda não encontrou cabal acolhimento na discursividade exculpatória, embora possa ter virtualidade para influir no juízo valorativo que preside à determinação da medida da pena. Já no que se refere à *mens rea*, relata-nos Hanna Arendt que a situação de Eichmann não era reconduzível às situações típicas de coação, em que, em caso de desobediência, o subalterno corre o risco de enfrentar o pelotão de fuzilamento, uma vez que não houve memória de haver perigo de vida para algum subalterno caso este se recusasse, por imperativos de consciência, a desobedecer às ordens. Bastaria, pois, que Eichmann tivesse apresentado um pedido de transferência. Outra, coisa, porém – e este ponto está intimamente imbricado com a *banalidade do mal* -, assenta na forma como a consciência de Eichmann estava moldada, dado que, para ele, um pedido de transferência redundaria numa atitude inadmissível. Nas impressivas palavras de Arendt: *"Não, Eichmann não havia estado em «perigo de morte imediata». E, como tinha orgulho em afirmar que «sempre cumprira o seu dever», sempre obedecera a todas as ordens, tal qual exigia o seu juramento. Eichmann fizera, como é lógico, todos os possíveis para agravar, em vez de minorar «as consequências do seu crime»"*. Acresce que Eichmann tinha observado os lugares para onde haviam sido transportados os judeus, tendo ficado chocado com o que vira. (Hanna Arendt, *Eichmann em Jerusalém, cit.*, pp. 166-168). Como é que, então, se pode sustentar não haver uma réstia de consciência? Afinal, um homicídio (ademais, praticado em massa) é um ato socialmente intolerável, intrinsecamente desvalioso, quer num Estado Totalitário, quer em qualquer parte do mundo. Parece-nos, pois, que Eichmann atuou, tendo representado e querido o resultado, ainda que não como um fim em si mesmo, mas como consequência necessária para lograr sucessivas promoções hierárquico-funcionais, quais propósitos egoísticos e fúteis (trata-se de um caso de *dolo necessário*).

plicidade, tendo apartado, por vias disso, a defesa invocada[17]. Como refere Kai Ambos, *"o juízo refere-se ao aparelho organizado do poder nazi, no qual Eichmann participou deliberadamente"*[18]/[19].

A *defense* ora analisada foi, ulteriormente, objeto de tratamento em diversos instrumentos normativos jusinternacionais.

Estamos, em primeiro lugar, a pensar no Protocolo I adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais, adotado em 8 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática Sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados, o qual, pese embora não faça referência expressa à obediência a ordens superiores, convoca a *"outra face"* do problema, qual seja, a de como devem os comandantes militares exercer o controlo sobre os subalternos. Como explica Maurice Aubert, o Protocolo I, designadamente no seu artigo 87.º, postula que um comandante

[17] Cfr. Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. da 7.ª edição alemã de Joaquín Cuello Contreras e José Luís González de Murillo, Madrid: Civitas, 2000, pp. 273-274.

[18] Kai Ambos, "Algunas Consideraciones Sobre el Caso Eichmann", *cit.*, p. 15.

[19] A economia do presente *topos* não se compadece com uma triagem histórica totalmente exaustiva. Para a confrontação de outros casos em que a defesa foi invocada, embora malogradamente, não tão emblemáticos do ponto de vista histórico, Cfr. Mathew R. Lippman, "Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defense", *cit.,* pp. 215 e ss. Todavia, ainda no presente conspecto, embora não seja dotado da mesma visibilidade que os casos já apontados, reveste-se de relevância o caso canadense *Regina v. Finta,* decidido pelo Supremo Tribunal do Canadá em 1994. Imre Finta serviu como capitão na *Royal Hungarian Gendarmerie*, tendo sido destacado para servir em Szeged, cidade controlada pelo regime Nazi. Finta foi acusado pela execução da denominada *Ordem Baky* e de supervisionar o isolamento, o processo de *guetização* e a deportação de milhares de judeus residentes na Hungria para o campo de concentração de Auschwitz, onde foram submetidos a tortura, trabalhos forçados e mortes em massa. O Supremo Tribunal do Canadá veio reconhecer que as organizações militares dependem, em grande medida, de uma estrutura funcional assente na ideia de autoridade, obediência imediata e inquestionável, pese embora tal ideia tenha sido apartada, na prática jurisprudencial, pelo conceito de ordem manifestamente ilegal. Aquela instância, invocando o teste da escolha moral de Nuremberga, veio relembrar que na ausência de possibilidade de escolha moral, a intenção criminosa não se podia verificar. Ademais, e como sublinhado pelo Juiz Cory, quanto menor a posição na hierarquia, maior a pulsão e menor o efeito inibitório associado a um juízo de valoração. O Juiz Cory sustentou que, malgrado o Arguido não ter prestado depoimento, havia evidências suficientes para a formulação de uma decisão absolutória, como sejam: a) a crença de que a ordem para a deportação de judeus era legal; b) a circunstância de se verificar uma atuação sob estado de guerra; c) a concorrência de uma perceção generalizada de que os judeus eram pessoas indesejáveis, desleais e subversivas; d) o envolvimento do regime húngaro, conjuntamente com o regime Nazi, na deportação e confisco de bens de judeus. (*Idem,* pp. 232 e ss.). No entanto, tal asserção parece olvidar que a compressão da liberdade ambulatória, o homicídio e as ofensas à integridade biopsíquica (ou, ao menos, o seu auxílio material) – ademais, em massa – constituem atos socialmente intoleráveis, quer num regime transpersonalista, quer em qualquer parte do mundo. Acresce que inexistem evidências de que o Arguido foi coagido à realização de tal factualidade criminosa. Como absolvê-lo, então, face ao patente desvalor intrínseco nos atos por si cometidos e à possibilidade de se recusar a cumprir as ordens emitidas pelo superior?

que receba ordens superiores tendentes à comissão de um ilícito dotado de especial gravidade deve abster-se de transmitir a ordem aos seus subalternos, porquanto saberá, à partida, que o poder de direção em que está investido o tornará responsável pelos atos veiculados na ordem, dado que os executores materiais se identificam como uma simples peça da engrenagem da máquina estatal[20].

Em segundo lugar, surge o Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia em 1991, o qual, no seu artigo 7.º, concede eficácia, não excludente, mas meramente atenuante, à obediência a ordens superiores. O mesmo se passa no Estatuto do Tribunal Internacional para o Ruanda, face à leitura do seu artigo 6.º[21] .

Em 1998 foi aprovado o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (doravante, ERTPI), na sequência de uma Conferência Internacional reunida para o efeito, tendo entrado em vigor em 2002[22] e começado a ser aplicado em 2003, em Haia. O referido instrumento normativo convencional internacional vem tipificar os três principais crimes contra a humanidade – genocídio (artigo 6.º), crimes contra a humanidade (artigo 7.º) e crimes de guerra (artigo 8.º) -, tendo sido estabelecido, mais tarde, um crime de agressão (artigo 16.º-A)[23]. O ERTPI possui uma parte geral. Nessa parte geral são regulamentados vários aspetos referentes aos pressupostos da responsabilidade individual e bem assim às (eventuais) causas de exclusão de responsabilidade, não empreendendo o Estatuto, aparentemente, uma distinção entre justificação – como causa de exclusão da ilicitude – e desculpa – como causa de exclusão da culpa -, pare-

[20] Cfr. Maurice Aubert, "The Question of Superior Orders and The Responsibility of Commanding Officers", *cit.*, pp. 109 e ss.

[21] Para maior compreensão, transcrevemos os preceitos de ambos os Tratados. Assim, nos termos do artigo 7.º, n.º 4 do Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia, adotado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas a 25-05-1993, *"O facto de um acusado ter agido na execução de uma ordem de um governo ou de um superior hierárquico não o isentará da sua responsabilidade penal, mas poderá ser considerado motivo para redução da pena, se o Tribunal Internacional entender assim ser de justiça".* Já o artigo 6.º, n.º 4 do Estatuto do Tribunal Internacional para o Ruanda, adotado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas a 8-11-1994, estabelece que *"O facto de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem emitida por um governo ou um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas pode ser considerado motivo para redução da pena, se o Tribunal Intencional para o Ruanda assim o determinar, no interesse da justiça".* Estes instrumentos normativos, bem como o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional a que nos iremos referir doravante, podem ser consultados em https://dcjri.ministeriopublico.pt/tratados.

[22] Entre nós, aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002, de 18 de janeiro.

[23] Cfr. Claus Roxin / Luís Greco, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo 1. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime*, *cit.*, p. 291 (§4/nm 54-55).

cendo limitar-se a adotar a ideia unitária de *defense*, tal qual construída pelo sistema de imputação anglo-saxónico, conquanto a justificação e a desculpa possam ser inferíveis da configuração intrínseca de cada *defense* e da sua operatividade prática.

Ora, no que concerne à obediência a ordens superiores, particularmente importante se revela o artigo 33.º do ERTPI, que ora se transcreve:

"Artigo 33.º
Decisão hierárquica e disposições legais

1 - Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal, a menos que:

a) Estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do governo ou superior hierárquico em questão;

b) Não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; e

c) A decisão não fosse manifestamente ilegal.

2 - Para os efeitos do presente artigo, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal".

A presente disposição, face à sua configuração, parece inculcar que, em condições de normalidade, a obediência a ordens superiores, apenas valendo por si, irreleva, salvo se os requisitos cumulativos ínsitos nas diversas alíneas do n.º 1 se reputarem por verificadas, assumindo, assim, um recorte mais original face ao modelo de Nuremberga, pese embora, em termos práticos, pareça não conferir grandes margens quanto à sua operatividade, uma vez que tais pressupostos se revelam muito exigentes e apertados, parecendo inverosímil que, no quadro dos crimes tipificados no ERTPI, eles se venham a verificar num caso concreto[24]. Não obstante, para substanciar os pressupostos operativos – que, porventura, hão de exigir um elemento adicional -, faz-se mister convocar subsídios teorético-dogmáticos que se encontram, de certa forma, no plano interno, de forma a descortinarmos compreensivamente o recorte conceptual de ordem, de obediência e de condicionalismo na execução daquela, para a jusante, abordarmos cabalmente o problema a que nos propomos, designadamente, no plano jusinternacional.

[24] Cfr. Nikola Hajdin, "Art. 33.º", *in Commentary on the ICC statute,* Case Metrix Network, disponível em https://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-3.

3. Enquadramento jurídico-dogmático da obediência a ordens superiores como causa de exclusão da responsabilidade no plano interno

Hodiernamente, no plano de direito interno, a obediência a ordens superiores, quando o conteúdo ínsito no comando consubstancia a comissão de um ilícito criminal, reconduz-se, quando muito, ao plano das causas de exclusão da culpa – já não da exclusão da ilicitude -, dado entender-se que o dever de obediência a uma ordem, por regra, não pode reputar-se, do ponto de vista valorativo, superior ao dever de abstenção da prática de crimes[25]. Tal asserção é tanto mais reforçada quando se enxerga a específica intencionalidade axiológico-constitucional ínsita no artigo 271.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP), onde se faz depender a exclusão da responsabilidade pelo cumprimento de uma ordem superior de um juízo valorativo formulado pelo próprio inferior hierárquico, sendo certo que tal dever cessa *"sempre que o cumprimento das ordens ou das instruções implique a prática de qualquer crime"* (n.º 3). I.e., o inferior hierárquico/subalterno, caso tenha consciência do desvalor socialmente intolerável subjacente no comando que lhe é dirigido, deve abster-se de praticar o facto nele veiculado, só ficando isento quanto às remanescentes ilegalidades quando tenha deduzido pedido de reclamação, ou tenha intentado esclarecer-se, por via de um pedido de confirmação por escrito[26]. Tal é a solução, outro tanto, preconizada pelo Código Penal Português (CP), no seu artigo 36.º, n.º 2, estatuindo tal disposição que *"O dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime"*. Trata-se de um preceito normativo teleológico-funcionalmente associado à defesa do Estado de Direito Material, apartando o papel absolutamente legitimador da ordem, reforçando a importância da legalidade material, e à afirmação da responsabilização no âmbito do funcionalismo[27].

Quando entramos no âmbito exculpatório, o cumprimento da ordem pode relevar para efeitos de apartamento da responsabilidade criminal, cujo fundamento há de repousar numa ideia de inexigibilidade. Não se pode, contudo, para que de inexigibilidade se possa falar, estar perante uma qualquer ordem, dado que o artigo 37.º do CP não consagra como substrato exculpatório tal cláusula, antes se prendendo, no plano imediato, com o erro sobre a

[25] Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I- Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 3.ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 587-588.

[26] Cfr. J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª edição, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 855.

[27] Ainda que o artigo 12.º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas consagre como dever especial dos militares o dever de obediência, e que o artigo 26.º reforce ostensivamente o respeito pela hierarquia, tal dever tem como limite inultrapassável o quadro axiológico-normativo essencial ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um, tal como se extrai do artigo 13.º de tal diploma legal.

ilicitude não censurável. Há de tratar-se de uma ordem, cuja caracterologia se recorta como particularmente qualificada, passível de exercer uma considerável pressão no processo decisório do agente[28]. Como sugestivamente refere Nuno Brandão, *"Para que de uma autêntica inexigibilidade se possa falar não basta que o subordinado se sinta impotente para desobedecer à ordem criminosa que lhe é transmitida. Necessário é, pelo contrário, que a ordem seja acompanhada de represálias sérias para o funcionário em caso de desobediência e que não possam ser evitadas senão obedecendo[29]*.

Antes de descortinarmos compreensivamente o étimo fundante que está na base da desculpa em mérito (mormente no plano internacional), faz-se mister analisar os seus pressupostos à luz de uma construção científica compatível com um sistema interno (ainda que móvel), quais sejam: a) a ordem superior ilícita; b) a pressão condicionante exercida pela ordem no processo decisório do subalterno.

3.1. A ordem superior ilícita

A ordem pressupõe uma relação de hierarquia entre superior hierárquico e subalterno e inscreve-se no poder de direção daquele[30]. A ordem, do ponto de vista funcional, configura-se como uma manifestação de instrumentalidade possibilitadora da otimização da atividade ínsita nos interesses de cada entidade pública. Interessa-nos, porém, o seu recorte conceptual, o qual se reconduz, em termos simples, à ideia de *"comandos individuais e concretos", "através dos quais o superior impõe aos subalternos a adoção de uma determinada conduta específica"[31]*. A ordem traduz-se, portanto, numa manifestação de vontade emanada de uma pessoa - o superior hierárquico -, dotada de autoridade, que influi no processo cognitivo-volitivo de outra – o subordinado ou subalterno

[28] Aproximadamente, embora o Autor lhe conceda, aqui, eficácia meramente atenuante e já não excludente – para este efeito se socorrendo, antes, da ideia de erro não censurável sobre a ilicitude, Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal - Parte Geral, cit.*, p. 754.

[29] Nuno Brandão, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 287.

[30] Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 674. Cfr., também, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22-02-2024 (Processo n.º 125/21.9NJLSB.L1-9I) consultável em https://www.dgsi.pt, onde se sustentou que *"(…) a ordem tem de ser emanada no âmbito de uma relação hierárquica direta ou no âmbito de uma relação hierárquica funcional (neste caso, apesar da ordem não ter sido dada pelo direto superior hierárquico do arguido, a mesma foi dada por um militar de patente superior à do arguido e que chefiava o serviço de eliminação de resíduos, existindo assim entre ambos uma relação de hierarquia funcional); " O cumprimento da ordem só poderia ter sido recusado pelo arguido se tivesse contrariado a ordem expressa do seu direto superior hierárquico ou se o seu cumprimento representasse a prática de um ato ilícito típico (artº 271º, nº 3, da CRP, e artº 12º, nº 1, do RDM), o que não foi o caso dos autos".*

[31] *Idem, Ibidem*.

-, de tal ordem, que se erige num substrato impositivo tendente à prática de um facto ou à omissão de uma conduta por parte deste. Tal ordem tem de repousar numa base de legitimação formal, assente no âmbito competencial em que se inscrevem os atores – superior e inferior -, i.e., numa relação de subordinação, mediante a qual o superior fique habilitado a emanar comandos, cuja veiculação deve obedecer a uma certa forma de procedimento, sob pena de preterição de formalidade essencial ou ilegalidade, e, em princípio, numa base de legitimação material, assente na promoção da legalidade na atuação dos agentes dotados de poder, base essa que, face à presente problemática, há de vislumbrar-se violada ou preterida, por mor de um substrato antijurídico[32].

Com efeito, o conteúdo da ordem veiculará a prática de um ilícito, mas não qualquer tipo de ilícito: só aquele que, face à sua intrínseca configuração, se repute socialmente intolerável, cuja prática é suscetível de violar ou perigar com um bem jurídico essencial ao livre desenvolvimento da comunidade; e isto, sob pena de, verificados os correspetivos pressupostos, estarmos, já não no âmbito exculpatório, mas no âmbito justificatório[33]. Mas tal não basta para que de inexigibilidade se possa falar. A tal pressuposto há de acrescer uma pressão condicionante exercida pela ordem no processo decisório do subalterno.

3.2. A pressão condicionante exercida pela ordem no processo decisório do subalterno

A ordem há de ser tal, que, mediante o exercício do poder de direção *"e o correlativo dever de obediência tendencialmente ilimitado, o superior hierárquico assegura a prevalência da sua vontade sobre todas as matérias da competência do subalterno (…)",* concorrendo uma irrelevância decisória por parte deste[34]. Com efeito, para além do papel de orientação, condicionamento ordinário e limitação da capacidade decisória do subalterno – casos em que ainda se não verifica o total domínio do facto da vontade do subordinado, sendo-lhe exigível, em caso de ordem criminosa, que desobedeça, ainda que esteja sujeito a sanções de ordem disciplinar, uma vez que a legalidade e o Estado de Direto Material são valores que sobrelevam -, a ordem há de veicular uma dinâmica fortemente restritiva da autonomia do subordinado, mercê da exposição deste, em caso de desobediência – para além das meras sanções disciplinares -, a um fundamentado perigo para a sua vida ou integridade física, estabelecendo-se um vínculo compromissório altamente rígido para com a funcionalidade do sis-

[32] Cfr. Nuno Brandão, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal, cit.,* pp. 22 e s.; 33 e s.; 38.

[33] Cfr. Nuno Brandão, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal, cit.,* pp. 251 e ss.

[34] A expressão, embora aventada em diferente contexto, é de Paulo Otero, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 399.

tema administrativo (e político-estatal), ficando a liberdade de ação e decisão do subalterno confinada, não raro, às expetativas e comandos do superior.

O condicionalismo não pode, porém, recortar-se como mero temor reverencial. O temor reverencial é vencido pela afirmação do sistema de valores que preside ao Estado de Direito Material, porquanto, nos termos da Constituição, é sempre conferido ao subalterno um espaço de valoração, no qual lhe é permitido avaliar a legitimidade e a legalidade/licitude do conteúdo ínsito na ordem. Sempre que o subalterno possa, livremente, levar a cabo essa avaliação e vetar o comando e, por vias disso, empreender um efetivo *"juízo de legalidade sobre a ordem do superior"* afastada fica a inexigibilidade. A inexigibilidade opera, pois, quando ocorra uma *"pressão eventualmente exercida pelo circunstancialismo externo sobre a normal disposição anímica do agente"*[35], de tal ordem, que o subalterno passa a ser objeto de um domínio factual exercido pelo superior hierárquico. Trata-se, pois, de um condicionalismo concomitantemente endógeno e exógeno, fortemente restritivo de uma opção alternativa, ainda que o agente represente valorativamente o tipo de crime em jogo, não lhe sendo exigido como que um ato de heroísmo, face às circunstâncias concretas.

Traçado panoramicamente o quadro interno e tendo invocado os conceitos essenciais para compreender os nódulos problemáticos que subjazem à obediência a ordens superiores, releva agora abordar a presente questão, pese embora em termos um pouco diversos, no plano jusinternacional.

4. A obediência a ordens superiores no Direito Internacional Penal: enunciação do problema e enquadramento teorético-dogmático

Como abordar, então, o problema em mérito à luz do direito internacional, designadamente do direito internacional penal?

Volvamos, por ora, ao ponto de partida. O problema é intrinsecamente dilemático: ou o agente subalterno obedece às ordens dos seus superiores e pode, ulteriormente, sujeitar-se a ser sancionado criminalmente, por violação de regras (jurídico-penalmente relevantes) de direito internacional (*v.g.* comissão de ilícitos de guerra *lato sensu*), por um tribunal internacional ou interno (sujeito à jurisdição, neste caso, dos vencedores), ou desobedece e sujeita-se a sanções disciplinares, *máxime*, em contexto militar, ao pelotão de fuzilamento. Acresce que os atos perpetrados pelo agente subalterno em contexto de guerra podem, à luz, quer da ordem axiológico-normativa em que se insere, quer à luz das opções e finalidades políticas estatais internas, ser considerados desejáveis, não raro se assistindo, outrossim, a uma forte doutrinação ideológica

[35] José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 443.

e militar a que este é sujeito, influindo tais elementos no âmbito do processo decisório, como apartamento do veto dos comandos superiores. Nesse contexto, o agente subalterno *"é ensinado a ter confiança e fé na capacidade militar dos seus superiores e a responder sem hesitação às suas instruções"*[36].

Por outro lado, as específicas circunstâncias em que o subalterno age – contexto de guerra -, não lhe fornecem grande margem para convocar, do plano imediato, à sua consciência, o fator inibitório que preside ao apelo normativo[37], pese embora não se conceba o afastamento da representação valorativa do ato; mais verosímil será, pois, que tais circunstâncias obstem à cabal representação, do ponto de vista fáctico-normativo, ainda que latente, de uma atuação na ausência de alguma causa justificante ou excludente da responsabilidade. Apesar de tudo isto, como sugestivamente é referido por Jessica Liang, tem-se entendido que o caráter dilemático do problema associado à obediência de ordens superiores no plano jusinternacional é facilmente resolúvel: o subordinado deve, pura e simplesmente, desobedecer a quaisquer ordens ilegais/ilícitas. No entanto, e na senda da mesma Autora, tal solução parece apartar-se da realidade. Realidade essa que convoca um dilema, do ponto de vista subjetivo, aparentemente aporético[38].

Neste quadro estrutural altamente hierarquizado, do ponto de vista militar, onde as ordens devem ser cumpridas com prontidão, foram-se construindo soluções jurisprudenciais, como acima enunciámos, onde a defesa invocada, segundo a qual o agente agiu com base em ordens superiores, teve um relevo dotado de maior ou menor envergadura, em conformidade com o fator *temporalidade*. Com o passar do tempo, os instrumentos convencionais de direito internacional têm subordinado a relevância de tal *defense* a apertados pressupostos, tendo o presente problema sido objeto de flutuações várias ao nível do pensamento dogmático[39].

Pelo que, por mor do dilema aporético que se erige no nódulo problemático essencial da presente investigação e face à sua configuração intrínseca – não

---

[36] Cfr. Jessica Liang, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context", *in Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, n.º 3, 2010, pp. 873.

[37] A *permeabilidade ao apelo normativo* trata-se de uma expressão roxiniana para formular compreensivamente o conceito de culpa jurídico-penal, que temos adotado, ainda que com aditamento de outros elementos, em investigações precedentes. Cfr. Claus Roxin / Luís Greco, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo 1. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime*, *cit.,* p. 1141 (§19/nm3) (embora aqui com uma tradução um pouco diferente, mas correspondente, no essencial, à expressão supramencionada).

[38] Cfr. Jessica Liang, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context", *cit.,* pp. 873-874.

[39] Cfr. Shane Darcy, "Defences to International Crimes", versão policopiada, anteriormente publicada em William A. Achabas / Nadia Bernaz (eds.), *Handbook of International Criminal Law*, disponível em https://researchrepository.universityofgalway.ie., pp. 16 e ss.

se olvidando as vozes que se levantam no sentido de que o problema se resolve facilmente -, a doutrina tem-se dividido entre abordagens polarizadoras, aparecendo, depois, uma abordagem conciliatória. São elas:

a) a *absolute defense,* a qual reconhece a difícil situação a que um soldado é submetido quando tem de obedecer a ordens superiores, pugnando pela relevância da defesa;
b) a *absolute liability approach,* nos termos da qual a obediência a ordens superiores irreleva *in totum*;
c) a *conditional liability approach*, de acordo com a qual o subordinado só será punido se lhe for exigível a cognoscibilidade da ilicitude/ilegalidade da ordem. Vejamos mais de perto.

4.1. A *absolute defense*

Diversos argumentos jurídicos, mormente apoiados numa construção filosófica e jusinternacional primeva e cuja operatividade teve grande impacto no período subsequente à 1.ª Grande Guerra, têm sido esgrimidos para que a obediência a ordens superiores, no contexto do direito internacional penal, releve como causa de exclusão da responsabilidade do agente subalterno.

Desde logo, houve quem entendesse que face à necessidade do dever de obedecer, dado que as ordens assumiam um propósito utilitário do Estado em geral e de um grupo de soldados em particular, os atos praticados pelos subalternos com respaldo numa ordem superior e, por consequência, a sua culpabilidade, hão de ser absorvidos pela esfera de imputação do superior hierárquico. Aqui, a legalidade anda a *pari passu* com a legitimidade da ordem, pelo que o subordinado não deve questionar o correspetivo conteúdo[40]. De resto, a haver responsabilidade, ela há de ser imputada ao próprio Estado, configurado como destinatário imediato de normas de direito internacional (e já não o indivíduo), e não o agente que cumpriu a ordem (*act of state doctrine*).

Esta teoria esbarra com algumas objeções que se erigem num verdadeiro pressuposto discursivo e prático-operativo da sua não procedência, quais sejam:

a) Os subordinados são vistos como meros instrumentos;
b) Descura a representação valorativa da danosidade social subjacente à conduta praticada;

[40] Hans Kelsen, "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *in California Law Review*, 31, 1943, pp. 530, 556, *apud* Jessica Liang, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context", *cit.*, p. 879. Trata-se, pois, de uma manifestação do esquema piramidal kelseniano. Como consabido, na conceção kelseniana vertida na sua *Teoria Pura do Direito*, o dever-ser objetivo deriva de uma legitimação normativa sucessiva que há de desembocar na *Norma Fundamental.* O esquema lógico é similar: o subalterno há de ter de cumprir o ato impositivo, intra ou interorgânico, dimanado do superior, que o exterioriza com base numa norma que o habilita.

c) Não tem presente a efetiva permeabilidade do agente subalterno a determinadas valorações, o que sempre lhe há de conceder uma determinada esfera de liberdade da vontade;
d) A sua absolutização operativa pode, em alguns casos, ter alguns efeitos indesejáveis;
e) Olvida as obrigações assumidas pelos Estados no quadro do direito internacional.

No que tange à primeira objeção, a teoria da *absolute defense* traduzir-se-ia, como salienta Albin Eser, em encarar os subordinados como meras *peças da engrenagem* estatal, posição essa que redundaria na sua total despersonalização[41]. Ora, o indivíduo não é mero autómato, não é um aparelho mecanicamente programado para lograr determinados resultados. Tal asserção leva-nos à segunda objeção.

Com efeito, dado o processo de socialização mais ou menos cabal do indivíduo, ele enquadra-se numa comunidade, onde há de ter de respeitar o livre desenvolvimento da personalidade do próximo, sob pena de fragmentação (ou mesmo *aniquilação*) dessa comunidade. Ele há de pautar o seu ser e o seu modo de comportamento por uma determinada pauta axiológico-normativa, que há de ser convocada pela sua consciência, a fim de vetar a prossecução de condutas reputadas socialmente desvaliosas. Ora, a despersonalização acima apontada não é compatível com a atualização de uma consciência da danosidade social intolerável, a qual sempre há de presidir aos crimes de guerra e contra a humanidade, e que se erige como ponto de partida da formulação de um juízo de censura individual.

Por outro lado, casos há em que, face a uma atitude de desobediência, o subalterno não há de, forçosamente, ser confrontado com um pelotão de fuzilamento, antes há de ser submetido a outras consequências disciplinares menos gravosas, que não impliquem perigo para a sua vida ou integridade física[42]. Aí, posto que se não descortina qualquer domínio do facto do superior hierárquico sobre a vontade do subalterno, sobreleva a exigibilidade de o agente desobedecer, face à natureza dos bens jurídicos – eis a terceira objeção.

Acresce que, como nota Eser, ter como líquida a relevância excludente da obediência a ordens superiores pode resultar em efeitos perversos (*v.g.* agentes que assumem posições intermédias na hierarquia intentam furtar-se à sua responsabilidade individual, por existir sempre um líder que ocupa o topo da *pirâmide*, donde promana toda a autoridade, por mais que tais agentes detenham o *domínio da vontade* dos seus próprios subalternos). Assim – eis a quarta objeção

[41] Cfr. Albin Eser, "Defenses in War Crime Trials", *in* Y. Dinstein (ed.*), Israel Yearbook on Human Rights,* Vol. 24, 1994, p. 207.

[42] *Idem, Ibidem*.

-, como aponta Verhaegen, se se encarasse a obediência a ordens superiores como uma *"imunidade generalizada"*, aniquilar-se-ia a lição de Nuremberga[43].

Por último, os Estados, no quadro do direito internacional convencional, estabelecem obrigações recíprocas. No âmbito do direito internacional penal, os Estados reconhecem um conjunto de condutas socialmente intoleráveis como crimes de guerra (*lato sensu*) e contra a humanidade, cuja imputação individual há de ser objeto de um julgamento por um tribunal internacional. Ora, se o argumento, segundo o qual, a realização da ordem se trata de um ato de Estado, não podendo o agente que a executou ser julgado, tal significaria que o direito interno minaria as regras do direito internacional, não mais representando estas, sob tal entendimento, do que meras proclamações jurídicas ostensivas e sem qualquer força vinculante ou validade (apartadas de qualquer tipo de justiciabilidade ou possibilidade de efetivação, ante a inexistência de aplicação prática de sanções em caso de inadimplemento), o que não se pode conceber no quadro de uma ordem jurídica global já consolidada.

4.2. A *absolute liability approach*

No extremo oposto, surge a abordagem – muito associada a uma certa discursividade que se fez sentir aquando dos Julgamentos de Nuremberga -, segundo a qual a atuação do agente com respaldo numa ordem superior não pode ser considerada uma defesa válida, para efeitos da exclusão da sua responsabilidade. Para esta teoria, o agente subalterno tem o dever de, em qualquer circunstância, desobedecer à ordem superior, se a reputar por ilegal/ilícita.

Também esta teoria revela grandes fragilidades estruturais.

Com efeito, a *absolute liability approach* peca, desde logo, por não ter em consideração as circunstâncias envolventes do ato de obediência, nomeadamente as situações típicas em que o agente subalterno é coagido pelo seu superior hierárquico e vislumbre, por vias disso, a sua esfera de ação assaz restringida[44]. Em consequência, a teoria em mérito não toma em linha de conta o princípio da culpa, tornando os subalternos responsáveis, ainda que estes atuem em circunstâncias preclusivas de um cabal juízo incidente sobre a forma de agir[45].

Mais: tal perspetiva desconsidera, outrossim, os elementos subjetivos que presidem à realização do tipo, nomeadamente a boa ou má-fé subjetiva do agente, eventuais casos de erro sobre o facto típico ou erro de valoração,

[43] Cfr. Jacques Verhaegen, "Le Refus D'Obéissance aux Ordres Manifestment Criminels – Pour une Procédure Accessible Aux Subordonnés", *cit.*, p. 45.

[44] Cfr. Albin Eser, "Defenses in War Crime Trials", *cit.*, p. 208.

[45] Cfr. Jessica Liang, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context", *cit.*, p. 881.

assentando numa superficial presunção de culpa *a priori*.

Numa palavra, a *absolute liability approach* contrasta com o princípio da culpa – enformador de qualquer modelo de imputação criminal –, dado que desconsidera as circunstâncias concretas da ação associada à execução da ordem, responsabilizando o subalterno mesmo quando este age sob coação ou em erro. Ao presumir a culpa sem avaliar a intencionalidade volitiva ou axiológica do agente, tal abordagem ignora elementos essenciais pressupostos pela formulação de um adequado juízo de censura, tornando, em consequência, a imputação da responsabilidade excessivamente rígida e político-criminalmente inadequada. Fazendo-se mister, pois, encontrar uma alternativa que respeite tal princípio, i.e., que compreenda, no plano operativo, os elementos subjetivos que presidem à realização do crime e que não olvide eventuais circunstâncias limitadoras da liberdade de ação do agente, sob pena de se verificar uma ostensiva e injusta presunção de culpa. Tal é pressuposto, ademais, pelo *fair trial*. Surgiu, posteriormente, uma tentativa teorética intermédia.

4.3. A *conditional liability approach*

Por via da teoria da *conditional liability approach*, formalmente consagrada no artigo 33.º do ERTPI, há de operar um critério compromissório entre os fenómenos psicológicos subjacentes a uma estrutura hierárquica rígida – como é o caso das forças armadas – e o quadro de legalidade/licitude, sendo que o assento tónico agora repousará numa ideia de *ilegalidade manifesta*[46]. Assim, para além da existência de uma relação de subordinação, o pressuposto decisivo consignado no artigo 33.º do ERTPI, para efeitos excludentes da responsabilidade, assenta no desconhecimento da ilegalidade ou ilicitude da ordem, associando-se tal ilegalidade ou ilicitude ao padrão axiológico-normativo pressuposto pelo *"direito internacional humanitário assumido pelo Estatuto do TPI"*[47]. Sucede, porém, ainda de acordo com tal dispositivo (n.º 2), que a ilegalidade/ilicitude não pode ser manifesta, sendo certo que o cumprimento de comandos que veiculem a comissão de crimes de genocídio, nos termos do artigo 6.º, ou de crimes contra a humanidade, tal como tipificados no artigo 7.º, não podem, em qualquer caso, ter um efeito excludente da responsabilidade. No plano jurídico-positivo, o cumprimento de ordens que conduzam à prática de um crime de guerra (*strictu sensu*), nos termos do artigo 8.º do Estatuto, poderá, em determinadas circunstâncias, operar um efeito eximente quanto à

[46] *Idem, Ibidem*.

[47] Américo Taipa de Carvalho, "Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal Previstas no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional", *in Direito e Justiça Especial: O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional. Conferência Internacional da FDUCP/PGR,* 2006, p. 159.

responsabilidade do subalterno[48].

Malgrado, do ponto de vista material, volvemos ao ponto de partida, parecendo o artigo 33.º, n.º 2 do ERTPI – não obstante a tentativa da compreensão e consagração jurídico-positiva de uma solução compromissória – veicular um efetivo retorno à *absolute liability approach*, dado que, como salienta Garraway, a maioria dos crimes de guerra – sobre os quais, em determinados casos (e em teoria), se poderia partir da sua licitude -, *"é tão manifestamente ilegal, que a questão nunca se colocaria"*[49], i.e., na prática, a obediência a ordens superiores nunca relevaria como *defense*, quando muito, como mera atenuante.

É neste contexto que alguns autores falam na formação de uma *"norma consuetudinária no Direito Internacional Humanitário, por via da qual não se pode eximir da responsabilidade internacional o indivíduo perpetrador de crimes de guerra que invoca em defesa a obediência a ordens superiores"*[50]. Nesta linha de pensamento insere-se a posição sufragada por Paola Gaeta, para quem existe uma *opinio iuris* comungada pelos diversos Estados, segundo a qual a obediência a ordens superiores não releva como causa de exclusão da responsabilidade do subalterno no âmbito dos crimes de guerra, dado que a praxis jurisprudencial tem, por regra, negado a *defense* em apreço, uma vez que os crimes perpetrados são dotados de um desvalor intrínseco tal, que a respetiva cognoscibilidade valorativa não pode escapar ao agente. Ademais, como aponta a Autora, os tribunais nacionais, quando confrontados com tais questões, têm aplicado a *defense* da mesma forma (na prática, não lhe concedendo relevância). Assim, quer a *absolute liability approach,* quer a *conditional liability approach* redundam no mesmo resultado, i.e., na irrelevância da obediência a ordens superiores como efetiva *defense* no plano jusinternacional. Tal regra só será excecionada quando dúvidas sobrevierem sobre a existência de uma norma penal enquadrada no direito internacional humanitário ou se o conteúdo de uma tal norma for dúbio, incerto, ambíguo, casos em que os subalternos devem ser absolvidos, pese embora, em rigor, o que opera aí, não é a obediência a ordens superiores como *defense*, mas sim o princípio *nulla poena nullum crimen sine lege*[51]. Conclui Gaeta pela existência de uma norma

[48] Cfr. Américo Taipa de Carvalho, "Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal Previstas no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional", *cit.*, p. 160; Cfr., também, de forma enunciativa, Priscilla Camargo Santo / João Daniel Taques, "As Excludentes de Responsabilidade Previstas no Tribunal Penal Internacional", *in Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas*, Vol. 18, n.º 31, 2018, pp. 120 e ss.

[49] Charles Garraway, "Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered or Justice Denied", *cit.*, p. 791.

[50] Juan Pablo Pérez-León Acevedo, "La Obediencia del Subordinado a las Órdenes Superiores en Casos de Crímenes de Guerra. Análisis a la luz del Derecho Internacional", *in Agenda Internacional*, Vol. 13, n.º 24, 2007, p. 394. O Autor segue a posição de Paola Gaeta, que infra explanaremos.

[51] Cfr. Paola Gaeta, "The Defense of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus

consuetudinária, no plano internacional, que se formou paulatinamente, segundo a qual a obediência a ordens superiores não vale como defesa válida, face a uma específica teleologia que preside ao direito internacional penal e à recusa pelos tribunais da *defense* em mérito, dada a patente ilicitude dos crimes perpetrados nas típicas situações em que ela é invocada, sendo que as eventuais absolvições têm respaldo noutros fundamentos[52].

Não se pode concordar com tal posição, ao menos quando convoca na sua discursividade fundante a existência de um costume internacional.

Embora um tratamento aturado sobre o costume internacional transcenda, em larga medida, o objeto do presente estudo, sempre se dirá que o costume se associa a uma sedimentação na comunidade internacional de uma normação que apela a uma ideia de estrutura axiológico-normativa geral e consensual e absorvida, do ponto de vista social, pelos membros de tal comunidade. Ele depende, pois, dos tradicionais elementos material – traduzido numa prática reiterada – e subjetivo – à qual se associa uma convicção de obrigatoriedade. Tais elementos são substanciados no plano jusinternacional, e em jeito de segmentação tipológica, pela prática diplomática, pela jurisprudência internacional e interna, pela doutrina, pela lei, pelos instrumentos convencionais e por recomendações e/ou declarações[53].

Prima facie, o artigo 33.º do ERTPI, malgrado o seu alcance material e efetivo, vem, ao menos no plano formal, intentar consagrar, no plano jurídico-positivo, uma solução compromissória, permitindo a eficácia excludente da obediência a ordens superiores em casos de não representação valorativa de crimes de guerra que não ostentem uma ilegalidade/ilicitude manifesta.

Acresce que a legislação interna de grande parte dos Estados – aos menos os Estados de Direito Materiais -, em certas circunstâncias, confere eficácia exculpatória à obediência a ordens superiores (*v.g.* em caso de erro sobre a ilicitude não censurável), ou, ao menos, conjuga certas circunstâncias associadas à obediência a uma cláusula geral de inexigibilidade. Veja-se o caso do artigo 37.º do CP, que dispõe que *"Age sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas"*. Ou, ainda mais ilustrativo do que se acaba de expor, a secção 3 do *Völkerstrafgesetzbuch* (VStGB) (Código Penal Internacional, de 26-06-2002), onde, reproduzindo praticamente a fórmula contida no artigo 33.º do ERTPI, se diz que age sem culpa aquele que, em cumprimento de uma ordem militar, não se tenha apercebido da ilegalidade

Customary International Law", *in European Journal of International Law,* Vol. 10, 1999, pp. 183-186.

[52] Cfr. Paola Gaeta, "The Defense of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law", *in European Journal of International Law,* Vol. 10, 1999, pp. 186-188.

[53] Cfr., entre muitos, Maria Luísa Duarte, *Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI,* Lisboa: AAFDL Editora, 2017, pp. 124 e ss.

da ordem, desde que esta não seja manifestamente ilegal.

Por último, os tribunais, ao longo da história – tal como explanado de forma descritiva em 2. -, têm aplicado de forma diferente a *defense,* pelo que cremos não se poder falar, com propriedade, da formação de um costume internacional a este respeito.

Não ignoramos, porém, que a fórmula contida no artigo 33.º do ERTPI não deixa grandes margens para aplicações político-criminalmente adequadas, pois que, na esteira de Verhaegen, não obstante se possa verificar, em concreto, que o agente subalterno tenha consciência da ilicitude do ato materializador da ordem rececionada (emanada do superior hierárquico) – o que indicia a censurabilidade da sua conduta -, releva ter presente os constrangimentos associados às ações dos combatentes e à execução das ordens, uma vez que se podem verificar situações de ameaça, mais ou menos difusas, e resultantes, quer da própria configuração da relação de hierarquia que se estabelece entre superior e subalterno, quer da própria operação militar[54].

Com efeito, a obediência a ordens superiores há de, para efeitos de relevância excludente, partilhar de características associadas a outro tipo de *defense*, designadamente a coação[55], sem que com isso se verifique, contudo, uma

[54] Cfr. Jacques Verhaegen, "Le Refus D'Obéissance aux Ordres Manifestment Criminels – Pour une Procédure Accessible Aux Subordonnés", *cit.,* p. 43. O Autor, de forma a mitigar tais casos, propõe a existência de um procedimento que, do ponto de vista preventivo, permita neutralizar o fluxo criminógeno efetivado através da execução de ordens superiores, mediante a difusão dos princípios e normas intransponíveis de direito internacional, a incriminação de condutas passíveis de favorecer a comissão de crimes em contextos relacionais rigidamente hierárquicos, bem como que se proceda a uma regulamentação normativa que permita que o subalterno, nas condições em que, por norma, a recusa da ordem exigiria dele um ato de heroísmo, possa, legitimamente, recusar-se a cumprir ordens patentemente criminosas, de forma a auxiliá-lo a transcender os condicionalismos endógenos e exógenos que caracterizam a possível contestação de uma ordem superior (*Idem,* p. 47). Tal tese, em termos teóricos, é de aplaudir, pese embora nos levante algumas reservas quanto à sua operatividade em contexto de guerra.

[55] A coação vem regulamentada no artigo 31.º, n.º 1, al. d) do ERTPI, onde se dispõe: *"Sem prejuízo de outros fundamentos para a exclusão de responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto, não será considerada criminalmente responsável a pessoa que, no momento da prática de determinada conduta tiver incorrido numa conduta que, presumivelmente, constitui crime da competência do Tribunal, em consequência de coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a atuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se propunha evitar. Essa ameaça tanto poderá: i) Ter sido feita por outras pessoas; ou ii) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade."* No plano internacional, a coação tem sido objeto de uma homogeneização conceptual, redundando numa só *defense,* a qual convoca a ideia de inexigibilidade de outra conduta. Sendo certo, porém, que no estado de necessidade *strictu sensu*, essa inexigibilidade deriva de circunstâncias objetivas, enquanto a coação propriamente dita pressupõe a conduta de um terceiro. São descortináveis, na doutrina, os seguintes pressupostos comuns, que antecipadamente se enunciam: a) O comportamento adotado ter respaldo numa ameaça grave e imediata para a vida ou

sobreposição desta sobre aquela, numa lógica de confusão conceptual – como pretende Dufour[56] -, devendo antes perspetivar-se o problema sob a ótica da otimização operativa ou da concorrência, dado que se há de convocar uma ideia de inexigibilidade de incumprimento da ordem. I.e., e agora em convergência com a conclusão de Dufour, a obediência a ordens superiores há de ter de ser acompanhada por um elemento adicional, que aponta para o constrangimento da esfera de ação do agente. Assim, e aduzindo o seu exemplo, se um soldado recebe uma ordem para detonar uma bomba dentro de um hospital, ele, do ponto de vista moral, terá a opção de não acatar a ordem[57]. Mas já assim não será, se o subalterno, caso incumpra a ordem, se exponha a um perigo de lesão para a sua vida ou integridade física. Aí, a *mens rea* está (praticamente) ausente[58]. Tudo repousa, pois, no domínio que o superior hierárquico exerce sobre a vontade do subalterno.

5. Do domínio do facto e da inexigibilidade do cumprimento da ordem superior

Como acima enunciado, a obediência a ordens superiores há de ter a virtualidade para relevar como causa de exclusão da responsabilidade do subalterno no âmbito do direito internacional penal, se, caso o agente incumprir e, por vias disso, intentar optar pela não perpetração do crime, fique exposto a um tipo de lesão sensível e qualificada para um bem jurídico fundamental (*máxime,* a vida ou a integridade física).

A ordem, no presente conspecto, reconduz-se a uma veiculação de um propósito criminoso, cuja execução há de ter lugar por via da operatividade funcional da cadeia hierárquica. I.e., trata-se de uma declaração de vontade emanada do superior hierárquico, de forma a que o subalterno venha a perpetrar um crime contra a humanidade ou um crime de guerra.

integridade física do agente; b) Inexistência de outros meios idóneos para afastar o perigo; c) Inexistência de manifesta desproporção entre o crime perpetrado e a ameaça sofrida; d) Ausência de contribuição ativa e voluntária do agente para a situação de coação ou necessidade. Cfr. Francisco Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Penal Internacional*, *cit.,* pp.480-482.

[56] Cfr. Geneviève Dufour, "La Défence D'Ordres Supérieurs Exist-t-elle Vraiment?", *cit.,* p. 984.

[57] A este propósito, é de referir o impressivo caso de recusa levado a cabo por Ehren Watada, ex-primeiro-tenente do exército dos Estado Unidos, o qual se recusou terminantemente a cumprir uma ordem superior para se deslocar até ao Iraque, tendo traçado um caminho de protesto, dado ter invocado a representação da ilicitude da invasão do Iraque. Para Watada, existia um dever, um imperativo de consciência - que sobrelevou ao dever de cumprimento de ordens superiores -, de se abster de crimes conta a humanidade, sendo que a sua participação, i.e., o cumprimento da ordem, faria, no seu entender, com que ele fosse comparticipante na comissão de tais crimes (que fossem perpetrados no Iraque). Cfr. Eric Yamaoto / Ashley Obrey, "From Heart Montain to Iraq", *in Amerasia Journal*, 33:3, 2007, pp. 73 e ss.

[58] Cfr. Geneviève Dufour, "La Défence D'Ordres Supérieurs Exist-t-elle Vraiment?", *cit.,* p. 984 e ss.

Consabido é que a obediência a uma ordem, por si só, refratada num facto jurídico-penalmente relevante, não se erige, sem mais, numa *defense* operativa. Para reforçar a presente asserção, basta pensar nos casos em que a recusa do agente apenas acarreta consequências ao nível disciplinar (admoestação/repreensão, suspensão, demissão?...), que não envolvem qualquer perigo para bens jurídicos fundamentais. A operatividade da obediência a ordens superiores terá, pois, de ser substanciada pelo elemento da exigibilidade ínsito na categoria, no que à teoria da infração concerne, da culpa, como pressuposto (e limite) da responsabilidade penal internacional. Só assim terá a virtualidade para relevar como exclusão de tal responsabilidade. O problema põe-se, pois, no plano da culpa.

Quando a ordem tendente à comissão de um crime internacional (crimes contra a humanidade ou crimes de guerra) seja acompanhada de coação compreender-se-á, do ponto de vista estrutural, na categoria dogmática da autoria mediata, verificando-se, como aponta Kai Ambos, uma estrutura de *"imputação vertical",* embora o direito internacional penal não ofereça subsídios importantes na correspetiva elaboração dogmática[59]. Malgrado, como aponta o referido Autor, a autoria mediata, no quadro do domínio da vontade do executor (subalterno) por um aparelho organizado de poder, *"goza de certa vigência internacional",* sendo certo, porém, que os seus pressupostos carecem de uma concretização complementar[60].

A jurisprudência internacional tem identificado diversos casos em que o executor material (subalterno) é coagido a perpetrar um ilícito por um superior hierárquico[61]. O caso mais emblemático é o *Prosecutor v. Erdemovic*. Em traços largos, Drezen Erdemovic foi condenado, em 1996, pela *Trial Chamber* do Tribunal Penal Internacional para a Ex- Jugoslávia a 10 anos de prisão pela prática de um crime contra a humanidade – homicídio cometido contra muçulmanos bósnios, quando estava ao serviço do exército dos sérvios.

[59] Cfr. Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional – Bases para una Elaboración Dogmática*, trad. da 2ª edição de Ezequiel Malarino, Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 196.

[60] *Idem, Ibidem*.

[61] Recentemente, um tribunal ucraniano veio condenar um soldado russo, Vadim Shishimarin, pelo homicídio de Olaksandr Shelipov, no contexto da invasão da Rússia à Ucrânia. Sucede que o Arguido invocou ter atuado em obediência a uma ordem superior – mais tendo formulado um pedido de desculpas público à viúva da vítima -, o que, aliás, foi confirmado pelo tribunal aquando da sentença condenatória, não obstante não ter conferido relevância a tal defesa. É curioso notar que a defesa invocou que o soldado, ora condenado, intentou recusar a ordem que lhe fora dirigida por duas vezes, malogradamente, só tendo prosseguido com tal conduta por temor da sua própria segurança. Cfr. "Ukraine war: Russian soldier Vadim Shishimarin jailed for life over war crime" *in BBC News* (https://www.bbc.com/news/world-europe-61549569). No entanto, dada a nossa limitação à análise de uma peça jornalística, não tendo acesso nem ao processo, nem a um estudo aturado sobre ele (que, ao que se julga, ainda não foi disponibilizado), não podemos asseverar, com todos os elementos que se exigem, o domínio da vontade do executor material.

Tais crimes foram, porém, precedidos de uma ordem militar superior redundante numa situação dilemática: ou Erdemovic cumpria a ordem ou ele e a sua família seriam mortos, conjuntamente com as restantes vítimas[62]. A *Trial Chamber* considerou que, nos crimes contra a humanidade, dada a sua patente ilicitude, uma vida não pode ser equivalente ou superior a outra, havendo, ademais, que se verificar uma maior exigência quanto à virtualidade condicionante, do ponto de vista volitivo, da ordem. Erdemovic recorreu ainda para a *Appeals Chamber,* a qual, pese embora tenha reduzido a medida da pena, considerou que a coação não se arvora numa *defense* completa, passível de aproveitar a alguém acusado de crimes contra a humanidade[63]. A despeito da posição maioritária sufragada em sede recursória, o Juiz Cassesse veio estabelecer que, reunidos determinados pressupostos, a coação, conjuntamente com a obediência a ordens superiores, pode relevar como causa de exclusão da responsabilidade. São eles: a) o ato ter sido praticado sob uma ameaça atual e imediata para a vida ou a integridade física do agente; b) não existirem meios alternativos adequados a evitar o mal; c) o crime cometido não se reputar desproporcional em relação ao mal ameaçado; d) a situação de coação não pode ter sido voluntariamente proporcionada pela pessoa coagida[64]. Acresce que o crime teria tido lugar de qualquer maneira, ainda que não tivesse sido aquele concreto agente subalterno o autor do *mal*, pelo que se não descortinam necessidades de punição em tais casos, sob pena de sobrelevação de uma necessidade de reposição contrafáctica de expetativas da norma vulnerada sem respaldo político-criminal e teleológico, face à (praticamente) ausente censurabilidade do agente, o que é insustentável num Estado de Direito Material[65].

Releve-se que o agente que comete um crime em contexto de guerra, sob um condicionalismo endógeno e exógeno extremado, não havendo documentado uma atitude de hostilidade, reputando-se a sua permeabilidade ao apelo normativo particularmente comprimida – só se admitindo a expressividade

[62] Veja-se o que Erdemovic declarou na audiência: *"Meritíssimo, tive de o fazer. Se eu tivesse recusado, teria sido morto juntamente com as vítimas. Quando recusei, eles disseram-me: Se tem pena deles, levante-se, alinhe-se com eles e nós matamo-lo também. Não tenho pena de mim próprio, mas da minha família, da minha mulher e do meu filho, que tinha então nove meses, e não podia recusar, porque então ter-me-iam matado".* Cfr. *Prossecutor v. Erdemovic,* Case N.º IT-96-22-T, 29 November 1996, par. 16-20, *apud* Francisco Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Penal Internacional*, *cit.,* p. 488.

[63] Sobre este caso, Cfr. Shane Darcy, "Defences to International Crimes", *cit.,* pp. 9-10; Jeremy Gilbert, "Justice not Revenge: The International Criminal Court and The 'Grounds to Exclude Criminal Responsibility' – Defences or Negation of Criminality?", *in The International Journal of Human Rights*, Vol. 10, n.º 2, pp. 16 e ss.

[64] Cfr. Shane Darcy, "Defences to International Crimes", *cit.,* p. 10.

[65] Aproximadamente, Cfr. Francisco Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Penal Internacional*, *cit.,* p 492.

desse apelo se se demandasse uma atitude de heroísmo -, não pode ser objeto de um juízo de censura na sua globalidade, não se excogitando, por vias disso, quaisquer necessidades preventivo-gerais ou especiais quanto à punibilidade que se façam sentir[66]. Mesmo que, do ponto de vista volitivo, não se verifique uma *vis absoluta*, um tal conceito psicológico de vontade, no sentido de que só a ausência total da vontade é que consubstancia uma impossibilidade física e psíquica de atuação de outro modo, não pode ser absolutizado, posto que, como nota Kai Ambos, inexiste um concreto conhecimento sobre a possibilidade de resistência do coagido. Assim, uma culpa da vontade não pode ser reconduzida a pressuposto irrenunciável da possibilidade de resistência, a qual é objeto de relativização, nomeadamente nos casos em que concorre outra vontade no processo de decisão, sobreponível à vontade do executor material (subalterno)[67].

Ora, nos casos de uma ordem superior que envolve uma ameaça para a vida do subalterno (ou dos seus familiares), a liberdade de ação deste reputa-se sensivelmente coartada, mercê da dependência de uma vontade *"especialmente forte"*. Aqui, é o superior hierárquico, posto que influi, com elevado grau, no processo decisório do subalterno, quem há de ser considerado o detentor do domínio do facto, por via do domínio da vontade do executor material[68]. Assim, a montante, descortina-se, na senda de Ambos, uma *"coação jurídica"*, que resulta de uma relação de supra-infraordenação, por via da qual o subalterno deve obediência aos comandos do superior hierárquico, e, a jusante, uma situação de *"coação fáctica",* consubstanciada na ameaça fundada para a vida ou integridade física do subalterno, redundando, do ponto de vista teórico, numa situação típica de autoria mediata[69]. A tal acresce, como já se enunciou, e como é destacado por Albin Eser, que, ainda que se não se apartasse a responsabilidade daquele que executa uma ordem sob coação, tal não significaria que o crime de guerra não fosse perpetrado, porquanto o superior hierárquico teria sempre a oportunidade de procurar e a elevada probabilidade de encontrar um subordinado mais obediente. Assim, a exigibilidade de um *"heroísmo suicida"* de um soldado médio reputar-se-ia manifestamente desproporcional[70].

Pelo que, aquele sobre o qual é exercido o domínio da vontade, ante uma ordem que envolve coação, vislumbra a sua esfera de ação assaz restringida. Assim, se o inadimplemento da ordem representa, não apenas a suscetibilidade de o agente ser alvo de meras sanções disciplinares – não se descortinando,

[66] Aproximadamente, Cfr. Francisco Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Penal Internacional*, *cit.,* p 486.

[67] Cfr. Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional, cit.,* pp. 201-202.

[68] Cfr. Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional, cit.,* p. 203.

[69] Cfr. Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional, cit.,* p. 207.

[70] Cfr. Albin Eser, "Defenses in War Crime Trials", *cit.,* p. 213.

em tais casos, o domínio da sua vontade pelo superior -, mas sim um perigo sério, iminente e atual para a sua vida ou integridade física (ou da sua família), não se lhe pode exigir que ele atue de forma heroica, com a consequente *aniquilação* da sua vida ou a vida dos seus familiares, sendo que a vida que o subalterno iria suprimir acabará por sê-lo por um outro subalterno mais obediente, dada a elevada fungibilidade dos executores no âmbito de aparelhos organizados de poder. Numa palavra, o (eventual) juízo de censura que se poderá formular em tais casos é tão parco, que, não obstante o agente poder ser sensível ao apelo normativo, por via da consciência da ilicitude do conteúdo ínsito na ordem, não se excogitam necessidades preventivas de punição face à exacerbada restrição da sua capacidade de ação, ante a forte condicionante psicológica que se faz sentir em tais casos, e ainda face à salvaguarda de um bem jurídico de pelo menos valor equivalente[71].

6. Síntese conclusiva

Face ao que se acabou de expor e intentar demonstrar, podem extrair-se as seguintes proposições conclusivas, embora se ressalve o seu caráter não absoluto, face às flutuações estruturais e discursivas que se fazem sentir, quer na doutrina, quer na jurisprudência:

a) A obediência a ordens superiores não constitui, por si só, uma *defense* operativa – não se verifica o domínio da sua vontade pelo superior hierárquico se o agente subalterno, ao recusar o cumprimento da ordem, apenas tiver de acarretar com consequências ao nível disciplinar;
b) A obediência a ordens superiores só tem a virtualidade para excluir a responsabilidade internacional se a sua recusa expuser o agente subalterno (ou a sua família) a fundada ameaça à sua vida ou integridade física;
c) Do ponto de vista estrutural – quando restrinjam a capacidade de ação do agente subalterno -, as ordens superiores que veiculam a prática de um crime internacional associam-se à categoria dogmática da autoria mediata, face ao domínio da vontade do executor material (subalterno) exercida pelo superior hierárquico;
d) A exigência de um *heroísmo extremado* do subalterno associada à exigibilidade da desobediência de ordens superiores revela-se uma solução político-criminal crassamente desproporcional;
e) Assim, nos casos em que o superior hierárquico exerça o domínio da vontade do subalterno, o cumprimento da ordem, face à sua operatividade restringente da capacidade de ação deste, fará com que o juízo de censura que se há de formular há de ser tão parco, que não serão descortináveis

[71] Cfr. Aproximadamente, Cfr. Claus Roxin / Luís Greco, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo 1. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime*, *cit.*, pp. 1291-1294 (§22/nm 4-11).

exigências preventivo-gerais e especiais que demandem a sua punição;

f) O superior hierárquico, quando detenha o domínio da vontade do subalterno, é o efetivo responsável pela comissão do crime, tal qual fosse o executor material;

g) A elevada fungibilidade dos executores em estruturas organizadas de poder reforça, em tais casos, o apartamento da responsabilidade individual do subalterno coagido.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Francisco Ferreira de, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Penal Internacional,* Coimbra: Almedina, 2009.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo,* Vol. I, 4.ª edição, Coimbra: Almedina, 2016.

AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional – Bases para una Elaboración Dogmática,* trad. da 2ª edição de Ezequiel Malarino, Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

AMBOS, Kai, "Algunas Consideraciones Sobre el Caso Eichmann", trad. de Diego Sandino e María Dómine, *in Revista de Derecho Penal,* n.º 36, 2012, pp. 9-19.

ARENDT, Hanna, *Eichmann em Jerusalém – Uma Reportagem Sobre a Banalidade do Mal,* trad. de Ana Corrêa da Silva, Lisboa: Relógio D'Água, 2024.

AUBERT, Maurice, "The Question of Superior Orders and The Responsibility of Commanding Officers", *in International Review of the Red Cross,* n.º 263, 1988, pp. 105-120.

BAADE, Hans W., "The Eichmann Trial: Some Legal Aspects", *in Duke Law Journal,* n.º 3, 1961, pp. 400-420.

BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal,* Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CANOTILHO, J.J., Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* Vol. II, 4.ª edição, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CARVALHO, Américo Taipa de, "Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal Previstas no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional", *in Direito e Justiça Especial: O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional. Conferência Internacional da FDUCP/PGR,* 2006, pp. 147-162.

COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis),* 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

DARCY, Shane, "Defences to International Crimes", versão policopiada, anteriormente publicada em William A. Achabas / Nadia Bernaz (eds.), *Handbook of International Criminal Law*, disponível em https://researchrepository.universityofgalway.ie.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I- Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 3.ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019.

DUARTE, Maria Luísa, *Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI*, Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

DUFOUR, Geneviève, "La Défence D'Ordres Supérieurs Exist-t-elle Vraiment?", *in RICR*, Vol. 82, n.º 840, 2000, pp. 969-993.

ESER, Albin, "Defenses in War Crime Trials", *in* Y. Dinstein (ed.), *Israel Yearbook on Human Rights,* Vol. 24, 1994, pp. 201-234.

GARRAWAY, Charles, "Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered or Justice Denied", *in International Review of Red Cross*, Vol. 81, XXVII Conférence Internationale

de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge/27th International Conference of Red Cross and Red Crescent, 1999, pp. 785-794.

GAETA, Paola, "The Defense of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court *versus* Customary International Law", *in European Journal of International Law,* Vol. 10, 1999, pp. 172-191.

"German War Trials: Judgment in Case of Commander Karl Neumann", *in The American Journal of International Law,* Vol. 16, N.º 4, 1922, pp. 704-708.

GILBERT, Jeremie, "Justice not Revenge: The International Criminal Court and The 'Grounds to Exclude Criminal Responsibility' – Defences or Negation of Criminality?", *in The International Journal of Human Rights,* Vol. 10, n.º 2, pp. 143-160.

HAJDIN, Nikola, *Commentary on the ICC statute*, Case Metrix Network, disponível em https://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-3.

HOBBES, Thomas, *Do Cidadão,* trad. de Renato Ribeiro, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LIANG, Jessica, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context", *in Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, n.º 3, 2010, pp. 871-892.

LIPPMAN, Mathew R., "Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defense", *in Penn International Law Review,* Vol. 20, n.º 1, 2001, pp. 153-251.

OPPENHEIM, Lassa F., *International Law – A Treatise – Vol. II – War and Neutrality,* London: Longmans, Greend, and CO., 1906.

OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa,* Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo, "La Obediencia del Subordinado a las Órdenes Superiores en Casos de Crímenes de Guerra. Análisis a la luz del Derecho Internacional", *in Agenda Internacional,* Vol. 13, n.º 24, 2007, pp. 371-407.

ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal,* trad. da 7.ª edição alemã de Joaquín Cuello Contreras e José Luís González de Murillo, Madrid: Civitas, 2000.~

ROXIN, Claus, Greco, Luís, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo 1. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime*, trad. da 5.ª edição alemã (org. de Luís Greco e Alaor Leite), São Paulo: Marcial Pons, 2024.

SANTOS, Priscilla Camargo, Taques, João Daniel, "As Excludentes de Responsabilidade Previstas no Tribunal Penal Internacional", *in Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas*, Vol. 18, n.º 31, 2018, pp. 103-123.

VERHAEGEN, Jacques, "Le Refus D'Obéissance aux Ordres Manifestment Criminels – Pour une Procédure Accessible Aux Subordonnés", *in RICR,* Vol. 84, 2002, n.º 845, pp. 35-50.

(**English version**) [1]

1. Introduction

As many authors have pointed out, the *defence*, within the scope of international criminal law, concerning *obedience to superior orders,* has been the subject of considerable controversy – whether dogmatic, philosophical or praxiological – given its eminently dilemmatic nature. The problem is as follows: what course of action should a subordinate adopt following an order issued by a superior, the content of which constitutes the commission of a criminal offence? Should they refrain from carrying out the act inherent in the order, or, conversely, should they proceed with it under the authority of a public official? The problem is particularly acute in a context of war, given that a course of action may prove desirable, from an internal perspective, in order to further state interests, even though it constitutes a war crime or a crime against humanity. In such cases, should the subordinate – typically embedded within a rigid and complexly hierarchical military structure – refrain from carrying out the specific act contained in the order and face military or internal punishment – not infrequently a firing squad – or should they obey the superior command and face, potentially, an international tribunal (or even a domestic one, whose jurisdiction is linked to the state where the crime was committed) and face a criminal penalty (not infrequently life imprisonment or the death penalty, in some cases)?[2]

The dilemma raised here warrants a doctrinal examination, all the more so as the context of war is timeless, and it is necessary to envisage typical defence scenarios that might assist those whose free will appears to have been severely constrained and/or dependent on a superior command; this issue, *prima facie*, is embedded in a long-standing historical and jurisprudential trajectory, ultimately achieving international conventional recognition and, through this, theoretical and dogmatic acceptance. Thus, and given the temporal framework, the present study, although it does not take the form of a monograph with the depth and exhaustiveness deserved by the complexity of the subject, will follow the following outline:

a) A brief historical overview of obedience to superior orders in international criminal law – the aim will be to provide a largely descriptive account of the invocation of obedience to superior orders within the framework of *the* main *war case law*, without, however, overlooking the philosophical and doctrinal

thought that underlies it;

b) Legal-dogmatic framework of the defence of superior orders: we shall draw upon domestic sources to substantiate the content of the *order* and *obedience*[3] , even though the corresponding regime is not, in its entirety, capable of resolving our problem, and it must be considered in the light of international criminal law, particularly with reference to the doctrinal constructs that have been developed in this regard, whose polarising tendency has kept the debate alive, necessitating a critical assessment;

c) On the need to invoke the concept of non-accountability by incorporating another axiological-normative element, inferable from coercion, as a ground for exclusion of liability – mere obedience to superior orders is not, in itself, sufficient to serve as a ground for exclusion of criminal liability at the international level; it must be established that the will of the subordinate is severely constrained, a situation in which, as there is, as a rule, a dominant concurrent will overriding their own, through the coercion conveyed in the order – there being a sort of intimate intertwining between order and coercion – the concept of non-accountability comes into play.

2. A brief historical overview

The significance of obedience to superior orders has been the subject of a highly complex historical and philosophical journey.

From the outset, and from a philosophical perspective, the idea was already present in the thought of Thomas Hobbes (1588–1679), who, in his work *On the Citizen*, argued that *'It is truly my sin that which, in committing, I believe to be my sin; but what I believe to be another's sin I may sometimes commit without thereby sinning",* so that *"Thus, if I wage war by order of my prince, even though I consider it unjust to wage such a war, I shall not be acting against justice; I shall indeed be unjust if I refuse to wage war, presuming to claim knowledge of what is just and unjust, which belongs solely to my prince"*[4] .

Conversely, Hugo Grotius (1583–1645) and John Locke (1632–1704) emerge, in the realm of legal philosophy, as advocates of a limitation on the enforceability of superior orders, a limitation tied to the safeguarding of legality. Indeed, for Locke, a superior order deemed unlawful must not be accepted, since human beings owe obedience, above all, to the law. Grotius, along the same lines, argued that the only way to prevent injustice would be through the non-compliance with illegitimate superior orders. It is, above all, this idea that would subsequently dominate thought, not only at the level of international law, but also at the domestic level[5] .

It is essentially, as stated, in a belligerent context, and consequently within an essentially casuistic framework, that the *defence* of obedience to superior orders manifests itself with particular acuity.

The first precedent in this context relates to the trial of Peter von Hagenbach, governor of Breisach under Charles of Burgundy, in 1474, by an *ad hoc* tribunal, which had as its object the assessment of the implementation of repressive policies by the defendant, on the instructions of Charles of Burgundy, aimed at eliminating the opposition (relating to the Archduchy of Austria), which had devastating repercussions on *the Law of God and Man*, through the commission of murders, rapes, perjury and other criminal acts. In his defence, Hagenbach's representative maintained that, as a soldier, he had no authority to question the orders and demands of the Duke of Burgundy. However, the court rejected this defence, given that the acts committed by the defendant violated the *Law of God* and Man[6] .

The problematic fluctuation that now stands out was also felt in the realm of public international law doctrine, the subject of subsequent *case-by-case analyses*, notably until the end of the First World War.

In 1906, in the first edition of his **Treatise on the Law of International* War*, Lassa F. Oppenheim argued, as a general rule of international humanitarian law, that lower-ranking members of the armed forces should not be punished, given that their commanders are their ultimate representatives (or, ultimately, the government itself). In his words: *"If members of the armed forces have committed offences on the orders of their government, they are not criminals and cannot be punished by the enemy; the latter may, however, resort to reprisals. In the event that members of the armed forces commit offences ordered by their commanders, they cannot be punished, since the commanders are solely responsible and may, consequently, be punished as war criminals when captured by the enemy"*[7] . This formulation had operational relevance in the post-First World War period, although subsequently, in view of the concept of joint liability—which encompasses the idea of ' ' awareness of the manifest material unlawfulness of crimes committed in an international context and of the subordinate's freedom of action—an additional requirement arose, based on the volitional conditioning nature of the order, for the purposes of exemption.

Let us consider this.

The practical application of this rule thus became apparent immediately after the First World War, in the context of the Leipzig trials, which took place in 1921 and involved the trials of German war criminals, notably the *Llandovery Castle Case* and the *Dover Castle Case*.

In the first case, the issue concerned the torpedoing of a British hospital ship by a German submarine in the Atlantic Ocean, an act carried out by the submarine's commander and two officers. The officers invoked a defence based on obedience to superior orders. Nevertheless, the Leipzig Supreme Court held that, should a subordinate be aware that an order issued by a superior is likely to

violate civil or military law, he may be held liable for the commission of the act inherent in the order. Although that court emphasised that subordinates are not obliged to question the orders addressed to them and may, moreover, under normal circumstances, presume their conformity with the law, such a presumption is set aside if the order is universally regarded as unlawful; consequently, it did not uphold the defendants' defence of exoneration[8] .

In the second case – *the Dover Castle Case* – which proved to be the most relevant case in the context of the defence under consideration during the period in question, the issue at stake was the involvement of Commander Karl Neumann in the torpedoing of a British hospital ship (*Dover Castle*), which was transporting sick and wounded persons from Malta to Gibraltar. The defence argued that the defendant had acted in accordance with an order issued by the German Admiralty, which had instructed commanders to sink hospital ships sailing in the Mediterranean, as these were being used for military purposes. The Supreme Court of Leipzig held, on the one hand, that the obligation to obey superior orders constitutes a strict legal-military principle, which, from a criminal law perspective, results in liability for the offence being attributed exclusively to the superior officer; a principle which is consistent, first and foremost, with the Military Criminal Code and, more generally, with the legal principles of civilised states; on the other hand, the Admiralty General Staff constituted the highest authority within the functional hierarchy to which the defendant belonged, and therefore the duty of obedience to orders issued by it rested upon him. Thus, insofar as he obeyed, he could not be held criminally liable, and he was acquitted[9] .

The *Leipzig Trials* clearly demonstrated the exculpatory effect of obedience to superior orders, although greater demands were made in subsequent cases and in the conventional regulations that were subsequently instituted and adopted by some states.

After the Second World War, in the wake of the atrocities committed by the Nazi regime and its entire bureaucratic apparatus, the Nuremberg Trials took place, conducted by an International Military Tribunal, where a host of figures from the highest echelons of the National Socialist hierarchy were tried for war crimes and crimes against humanity, a host of figures from the highest echelons of the National Socialist hierarchy, where, despite the magnitude of the crimes committed, the defence of obedience to superior orders was frequently invoked, by reference to the fulfilment of *the Führer's* will.

The formulation of obedience to superior orders set out in the London Charter establishing the Nuremberg Tribunal already significantly limited the scope of such *a defence*. Article 8 provided that *"The fact that the accused acted in accordance with the orders of his Government or a superior does not exempt him from responsibility, but may be considered as a mitigating factor in the sentence if the Tribunal determines that justice so requires".*

The potential mitigating effect was thus overwhelmed by the demands of justice that came to the fore in such trials, and the invocation of such a defence became, in essence, superfluous, for, as Sir Artley Shawcross, the UK's prosecutor, suggestively put it, *"political loyalty and military obedience are excellent things, but they do not require or justify the perpetration of violence"*. Indeed, in the face of certain types of acts, and in accordance with the imperatives of conscience – which must invoke a minimum standard of morality – the individual must refuse to obey an order that leads to the commission of acts that are humanly unjustifiable[10] . In line with these ideas, it was established as a principle that compliance with an order, for the purposes of excluding international criminal responsibility, would only be relevant if it were concluded that the agent had no possibility, from a moral point of view, of acting otherwise, i.e., if they were not morally free to choose[11] . Nevertheless, in the *Einsatzgruppen Case,* superior orders were emblematically associated with a form of coercion, it having been held there that certain military commanders in the field with far-reaching responsibilities cannot be held accountable, although, in this instance, recourse was made to the non-obviousness of the wrongfulness or the lack of knowledge of the order's illegality[12] .

Following the Nuremberg Trials, there was an effort to develop normative conventions in order to synthesise the principles of international law resulting from the conclusions of that International Military Tribunal. From the outset, the International Law Commission called for a test to determine whether a moral choice was indeed possible, a test which failed at the 1949 Diplomatic Conference, within the framework of the Geneva Conventions[13] .

The events of the World Wars led to a shift in the thinking of international legal doctrine. This was evident in the shift in the position previously held by Lassa Oppenheim. In the sixth edition of his *Treatise on International Law*, this author argued that the fact that a subordinate acted on the basis of an order does not render the act lawful, nor does it thereby remove its character as a war crime, and consequently does not confer immunity on the perpetrator. In conclusion, Oppenheim added that the general principle in this regard must be based on the fact that members of the armed forces are only obliged to carry out orders that are deemed to be in accordance with the law, and cannot escape accountability if, in obedience to an order, they have committed acts that violated uncontested rules of war and the general sentiments of humanity[14] .

Still from a case-by-case perspective, it is worth recalling the *Eichmann* case. Adolf Eichmann, after being intercepted in Argentina under a false identity by the Mossad (Israeli Secret Service) and forcibly transported to Israel, was put on trial at the Jerusalem Court, charged with crimes against the Jewish people and crimes against humanity, under the terms of the Law of 1 August 1950 (crimes committed by the Nazis and Nazi collaborators)[15] . Notwithstanding the

various legal issues that were raised – such as legitimacy, jurisdiction, etc.[16] – one of the main arguments put forward by the defence was based on obedience to superior orders, given that the defendant had allegedly never directly committed any of the crimes of which he was accused. It so happens that Eichmann, in the exercise of his duties as head of Section IV-B4 of the Reich Security Main Office, organised and directed the coordination of the deportation of Jews, both from the Reich and from countries directly influenced and/or controlled by the Reich, to concentration camps, where they were tortured and killed as part of a programme of mass racial extermination. Therefore, in the view of the Jerusalem Tribunal, Eichmann did not merely carry out orders or belong to a particular type of organisation, but rather engaged in active conduct[17] . In addition to obedience to superior orders, the defence also invoked a derivative argument, based on the observation that, even if Eichmann had refused to obey superior commands, this would not have prevented the implementation of *the Final Solution* to the Jewish question, given the inherent complexity of the workings of the state apparatus, and that responsibility for such crimes must be attributed not to the agent, but to the State itself. This argument does not hold water, first and foremost, because *'alternative causality',* in and of itself, unaccompanied by irrefutable psychological compulsion, is irrelevant for the purposes of determining criminal responsibility and the subsequent finding of guilt. Furthermore, as has already been stated, Eichmann was not a mere executor of orders – he himself also issued individual and specific commands to his subordinates, in order to optimise the results envisaged by *the Final Solution* to the Jewish question. The Jerusalem Tribunal further noted that, given the enormous scale and gravity of the crimes in question, which involved multiple ramifications, it would not be reasonable to apply the conceptual rules associated with instigation and complicity rigidly, and consequently dismissed the defence raised[18] . As Kai Ambos notes, *"the judgement refers to the organised apparatus of Nazi power, in which Eichmann deliberately participated"*[19] /[20] .

The *defence* under consideration was subsequently addressed in various instruments of international law.

We are, first and foremost, referring to Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 12 August 1949, relating to the protection of victims of international armed conflicts, adopted on 8 June 1977 by the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable to Armed Conflicts, which, although it makes no express reference to obedience to superior orders, addresses the *'other side'* of the issue, namely how military commanders should exercise control over their subordinates. As Maurice Aubert explains, Protocol I, specifically in Article 87, stipulates that a commander who receives orders from superiors tending towards the commission of a particularly serious offence must refrain from passing the order on to his subordi-

nates, since he will know, from the outset, that the authority vested in him will make him responsible for the acts contained in the order, given that the actual perpetrators are merely cogs in the machinery of the state[21] .

Secondly, there is the Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia in 1991, which, in its Article 7, grants obedience to superior orders not an exclusive defence, but merely a mitigating factor. The same applies to the Statute of the International Tribunal for Rwanda, as per Article 6 thereof[22] .

In 1998, the Rome Statute of the International Criminal Court (hereinafter the ICC Statute) was adopted following an International Conference convened for that purpose; it entered into force in 2002[23] and came into effect in 2003 in The Hague. This international treaty defines the three main crimes against humanity – genocide (Article 6), crimes against humanity (Article 7) and war crimes (Article 8) – with the crime of aggression (Article 16-A) having been established later[24] . The ICCR has a general part. This general part regulates various aspects relating to the prerequisites of individual responsibility as well as the (possible) grounds for exclusion of responsibility; the Statute does not, apparently, make a distinction between justification – as a ground for exclusion of unlawfulness – and excuse – as a ground for exclusion of culpability – appearing to limit itself to adopting the unitary concept of *defence*, as developed by the Anglo-Saxon system of attribution, although justification and excuse may be inferred from the intrinsic nature of each *defence* and its practical application.

Now, with regard to obedience to superior orders, Article 33 of the ERTPI proves particularly important, which is transcribed below:

"Article 33
Hierarchical decision and legal provisions

1 - Any person who has committed a crime within the jurisdiction of the Court, in compliance with a decision issued by a government or a superior, whether military or civilian, shall not be exempt from criminal liability, unless:

a) They were legally obliged to obey orders issued by the government or superior in question;

b) They were unaware that the order was unlawful; and

c) The order was not manifestly unlawful.

2 - For the purposes of this article, any order to commit genocide or crimes against humanity shall be considered manifestly unlawful.

This provision, given its wording, appears to imply that, under normal circumstances, obedience to superior orders, standing on its own, is irrelevant, un-

less the cumulative requirements set out in the various subparagraphs of paragraph 1 are deemed to have been met, thus thus representing a more original departure from the Nuremberg model, although, in practical terms, it does not appear to afford much scope for its application, given that such conditions are very demanding and narrow, and it seems unlikely that, within the framework of the crimes defined in the ERTPI, they would be met in a specific case[25] . Nevertheless, to substantiate the operational requirements – which may well require an additional element – it is necessary to draw upon theoretical and doctrinal resources that lie, to some extent, within the domestic legal framework, in order to comprehensively unpack the conceptual framework of order, obedience and the constraints on its execution, so that we may subsequently address the problem at hand in full, namely within the context of international law.

3. Legal-dogmatic framework of obedience to superior orders as a ground for exclusion of liability at the domestic level

Nowadays, in domestic law, obedience to superior orders, where the content of the order amounts to the commission of a criminal offence, is, at most, a matter for the grounds for exclusion of culpability – and no longer for the exclusion of unlawfulness – given that it is understood that the duty to obey an order, as a rule, cannot be regarded, from a value-judgement perspective, as superior to the duty to refrain from committing crimes[26] . This assertion is all the more reinforced when one considers the specific axiological-constitutional intent inherent in Article 271(2) of the Constitution of the Portuguese Republic (CRP), where the exclusion of liability for compliance with a superior's order is made dependent on a value judgement formulated by the subordinate themselves, it being certain that such a duty ceases *'whenever compliance with orders or instructions involves the commission of any crime'* (paragraph 3). That is to say, the subordinate, if aware of the socially intolerable nature underlying the command addressed to them, must refrain from carrying out the act contained therein, and shall only be exempt from liability for the remaining illegalities if they have lodged a complaint or sought clarification by means of a request for written confirmation[27] . This is the solution also advocated by the Portuguese Penal Code (CP) in Article 36(2), which provides that *"The duty of hierarchical obedience ceases when it leads to the commission of a crime"*. This is a normative precept teleologically and functionally linked to the defence of the rule of law, setting aside the order's role as an absolute legitimising factor, reinforcing the importance of substantive legality, and affirming accountability within the civil service[28] .

When we enter the realm of exculpation, compliance with the order may be relevant for the purposes of excluding criminal liability, the basis of which must rest on the idea of unenforceability. However, for non-enforceability to ap-

ply, the order in question cannot be just any order, given that Article 37 of the Penal Code does not establish such a clause as a ground for exculpation, but rather relates, in the immediate sense, to a non-reprehensible error regarding unlawfulness. It must be an order whose nature is particularly severe, capable of exerting considerable pressure on the agent's decision-making process[29]. As Nuno Brandão suggestively notes, *"For there to be genuine unenforceability, it is not enough for the subordinate to feel powerless to disobey the criminal order conveyed to them. On the contrary, it is necessary that the order be accompanied by serious reprisals against the official in the event of disobedience, which cannot be avoided except by obeying[30]* .

Before we comprehensively unveil the fundamental basis underlying the defence on the merits (particularly at the international level), it is essential to analyse its premises in the light of a scientific framework compatible with a domestic system (albeit a fluid one), namely: a) the unlawful superior order; b) the coercive pressure exerted by the order on the subordinate's decision-making process.

3.1. The unlawful superior's order

The order presupposes a hierarchical relationship between the superior and the subordinate and is rooted in the superior's power of direction[31] . From a functional perspective, the order constitutes a manifestation of instrumental power enabling the optimisation of the activity inherent in the interests of each public entity. We are, however, interested in its conceptual framework, which, in simple terms, refers to the idea of *'individual and concrete commands', 'through which the superior imposes upon subordinates the adoption of a specific course of conduct'[32]* . The order thus translates into a manifestation of will emanating from a person – the hierarchical superior – endowed with authority, which influences the cognitive-volitional process of another – the subordinate – to such an extent that it constitutes an impositive substrate tending towards the performance of an act or the omission of conduct on the part of the latter. Such an order must rest on a basis of formal legitimacy, grounded in the scope of competence within which the actors – superior and subordinate – operate, i.e., in a relationship of subordination, whereby the superior is empowered to issue commands, the transmission of which must comply with a certain procedural form, on pain of breach of essential formality or illegality, and, in principle, on a basis of substantive legitimacy, grounded in the promotion of legality in the actions of agents vested with power; a basis which, in the face of the present issue, must be seen as violated or disregarded, due to an unlawful and un[33] e underlying motive.

Indeed, the content of the order will involve the commission of an unlawful act, but not just any unlawful act: only one which, given its intrinsic nature, is

deemed socially intolerable, the commission of which is likely to violate or endanger a legal right essential to the free development of the community; and this, failing which, once the relevant conditions are met, we are no longer in the realm of exculpation but in that of justification[34] . But this is not sufficient to establish unenforceability. To this condition must be added a constraining pressure exerted by the order on the subordinate's decision-making process.

3.2. The constraining pressure exerted by the order on the subordinate's decision-making process

The order must be such that, through the exercise of managerial power *"and the corresponding duty of obedience, which tends to be unlimited, the superior ensures the prevalence of his will over all matters within the subordinate's competence (…)",* resulting in the subordinate having no real decision-making power[35] . Indeed, beyond the role of guidance, ordinary conditioning and limitation of the subordinate's decision-making capacity – cases in which there is not yet total control over the subordinate's will, and in which the subordinate is required, in the event of a criminal order, to disobey, even if subject to disciplinary sanctions, since legality and the rule of law are values that take precedence – the order must convey a dynamic that severely restricts the subordinate's autonomy, owing to the subordinate's exposure, in the event of disobedience – beyond mere disciplinary sanctions – to a well-founded danger to their life or physical integrity, establishing a highly rigid bond of commitment to the functioning of the administrative (and political-state) system, with the subordinate's freedom of action and decision-making often confined to the expectations and commands of the superior.

This conditionality cannot, however, be reduced to mere reverential fear. Reverential fear is overcome by the affirmation of the system of values governing the Material Rule of Law, since, under the Constitution, the subordinate is always granted a scope for assessment, within which they are permitted to evaluate the legitimacy and legality/lawfulness of the content inherent in the order. Whenever the subordinate is free to carry out this assessment and veto the order, and thereby undertake an effective *'judgement of legality regarding the superior's order'*, unenforceability is ruled out. Non-enforceability therefore applies when there is *"pressure potentially exerted by external circumstances on the agent's normal state of mind"*[36] , of such a nature that the subordinate becomes subject to factual control exercised by the superior. It is, therefore, a form of conditioning that is both endogenous and exogenous, severely restricting any alternative option, even though the agent may, in terms of values, recognise the nature of the crime in question; it is not, however, required of them as an act of heroism, given the specific circumstances.

Having outlined the domestic framework and invoked the essential concepts for understanding the problematic issues underlying obedience to superior orders, it is now appropriate to address this issue, albeit in somewhat different terms, at the level of international law.

4. Obedience to superior orders in International Criminal Law: statement of the problem and theoretical-dogmatic framework

How, then, should the issue at hand be addressed in the light of international law, specifically international criminal law?

Let us return, for now, to the starting point. The problem is inherently dilemmatic: either the subordinate obeys the orders of his superiors and may subsequently face criminal sanctions for violating (legally and criminally relevant) rules of international law (*e.g.* committing war crimes *in the broad sense*), by an international or domestic court (subject to the jurisdiction, in this case, of the victors), or they disobey and face disciplinary sanctions, *particularly*, in a military context, the firing squad. Furthermore, acts committed by a subordinate agent in a wartime context may, in the light both of the axiological-normative order within which they occur and of internal state political choices and objectives, be considered desirable; indeed, it is not uncommon to observe strong ideological and military indoctrination to which he is subjected, with such elements influencing the decision-making process, such as the veto of superior commanders. In this context, the subordinate agent *"is taught to have confidence and faith in the military capabilities of his superiors and to respond without hesitation to their instructions"*[37] .

On the other hand, the specific circumstances in which the subordinate acts – a context of war – do not afford him much scope to immediately summon to his conscience the inhibitory factor that governs the normative appeal[38] , even though one cannot conceive of the removal of the evaluative representation of the act; it is therefore more plausible that such circumstances prevent the full realisation, from a factual-normative perspective, albeit latent, of an act carried out in the absence of any justifying cause or cause excluding liability. Despite all this, as Jessica Liang suggestively notes, it has been understood that the dilemma associated with obedience to superior orders in the field of international law is easily resolvable: the subordinate must, quite simply, disobey any illegal/unlawful orders. However, and following the same author's line of thought, such a solution seems to be divorced from reality. A reality that presents a dilemma, from a subjective point of view, that appears to be aporetic[39] .

Within this highly hierarchical structural framework, from a military perspective, where orders must be obeyed promptly, jurisprudential solutions have been developed, as we have outlined above, in which the defence invoked—

that the agent acted on the basis of superior orders—has been accorded greater or lesser weight, depending on the *temporal* factor. Over time, conventional instruments of international law have made the relevance of such *a defence* subject to strict conditions, and this issue has been the subject of various shifts in legal doctrine[40] .

Consequently, due to the aporetic dilemma that lies at the heart of this research and given its intrinsic nature – not forgetting the voices arguing that the problem is easily resolved – legal doctrine has been divided between polarising approaches, with a conciliatory approach subsequently emerging. These are: a) the *absolute defence,* which recognises the difficult situation to which a soldier is subjected when he must obey superior orders, arguing for the relevance of the defence; b) the *absolute liability approach,* under which obedience to superior orders is *entirely* irrelevant; c) the *conditional liability approach*, according to which the subordinate will only be punished if they could reasonably have been expected to recognise the wrongfulness or illegality of the order. Let us examine these in more detail.

4.1. The *absolute defence*

Various legal arguments, largely based on an early philosophical and international law framework whose application had a major impact in the period following the First World War, have been put forward to establish that obedience to superior orders, in the context of international criminal law, constitutes a ground for excluding the liability of the subordinate agent.

From the outset, there were those who held that, given the necessity of the duty to obey—since orders served a utilitarian purpose for the State in general and for a group of soldiers in particular—the acts committed by subordinates on the basis of a superior order, and consequently their culpability, must be absorbed into the sphere of liability of the hierarchical superior. Here, legality goes *hand in hand* with the legitimacy of the order, so that the subordinate must not question its content[41] . Moreover, if liability is to be attributed, it must be attributed to the State itself, as the immediate addressee of rules of international law (and no longer to the individual), and not to the agent who carried out the order (*act of state doctrine*).

This theory faces a number of objections that constitute a genuine discursive and practical-operational premise for its invalidity, namely:

a) Subordinates are viewed as mere instruments;

b) It disregards the evaluative representation of the social harm underlying the conduct in question;

c) It fails to take into account the subordinate agent's actual susceptibility to certain values, which must always afford them a certain sphere of free will;

d) Its operational absolutisation may, in some cases, have undesirable effects;

e) It overlooks the obligations assumed by States under international law.

With regard to the first objection, the theory of *absolute defence* would, as Albin Eser points out, amount to viewing subordinates as mere *cogs in the* state *machinery*, a position that would result in their total depersonalisation[42] . However, the individual is not a mere automaton, nor is he a mechanically programmed device designed to achieve certain results. This assertion leads us to the second objection.

Indeed, given the individual's more or less complete process of socialisation, they form part of a community, where they must respect the free development of others' personalities, on pain of the fragmentation (or even *annihilation*) of that community. They must guide their being and their behaviour according to a specific axiological-normative framework, which must be invoked by their conscience in order to prevent the pursuit of conduct deemed socially reprehensible. However, the depersonalisation noted above is not compatible with the realisation of a consciousness of intolerable social harm, which must always underlie war crimes and crimes against humanity, and which stands as the starting point for the formulation of a judgement of individual censure.

On the other hand, there are cases in which, in the face of an act of disobedience, the subordinate need not necessarily be confronted with a firing squad, but must instead be subjected to other, less severe disciplinary consequences that do not entail danger to their life or physical integrity[43] . In such cases, given that the superior's authority over the subordinate's will is not evident, the requirement for the agent to obey is outweighed by the nature of the legal interests at stake – this is the third objection.

Furthermore, as Eser notes, taking the exclusionary relevance of obedience to superior orders at face value can lead to perverse effects (*e.g.* agents occupying intermediate positions in the hierarchy attempt to shirk their individual responsibility, since there is always a leader at the top of *the pyramid*, from whom all authority emanates, however much such agents may hold *sway over the will* of their own subordinates). Thus – and this is the fourth objection – as Verhaegen points out, if obedience to superior orders were regarded as *a 'generalised immunity'*, the lesson of Nuremberg would be nullified[44] .

Finally, under conventional international law, states establish reciprocal obligations. In the field of international criminal law, states recognise a range of socially intolerable acts as war crimes (*in the broad sense*) and crimes against humanity, the individual attribution of which must be the subject of a trial before an international court. However, if the argument holds that the execution of an order constitutes an act of state, and the agent who carried it out cannot be tried, this would mean that domestic law would undermine the rules of international

law; under such an understanding, these rules would amount to nothing more than mere ostensive legal proclamations, devoid of any binding force or validity (devoid of any form of justiciability or possibility of enforcement, given the lack of practical application of sanctions in the event of non-compliance), which is inconceivable within the framework of an already established global legal order.

4.2. An *absolute liability approach*

At the opposite extreme lies the approach – closely associated with a certain discourse that emerged during the Nuremberg Trials – according to which an agent's actions, even when backed by a superior order, cannot be considered a valid defence for the purposes of excluding their liability. According to this theory, the subordinate agent has a duty, in all circumstances, to disobey a superior order if they deem it to be illegal or unlawful.

This theory, too, reveals major structural weaknesses.

Indeed, the *absolute liability approach* is fundamentally flawed in that it fails to take into account the circumstances surrounding the act of obedience, particularly the typical situations in which the subordinate agent is coerced by their superior and consequently finds their scope of action severely restricted[45] . Consequently, the theory in question does not take into account the principle of fault, rendering subordinates liable even when they act in circumstances that preclude a full assessment of the appropriateness of their conduct[46] .

Furthermore, this perspective also disregards the subjective elements that govern the commission of the offence, namely the agent's subjective good or bad faith, possible cases of error regarding the constituent facts or error of assessment, relying on a superficial presumption of *a priori* fault.

In short, the *absolute liability approach* contrasts with the principle of fault – the cornerstone of any model of criminal liability – given that it disregards the specific circumstances of the action associated with the execution of the order, holding the subordinate liable even when they act under duress or in error. By presuming fault without assessing the agent's volitional or axiological intent, such an approach ignores essential elements required for the formulation of an appropriate judgement of culpability, thereby rendering the attribution of liability excessively rigid and politically and criminally inappropriate. It is therefore necessary to find an alternative that respects this principle, i.e., one that takes into account, at the operational level, the subjective elements governing the commission of the offence and that does not overlook any circumstances limiting the agent's freedom of action, lest there be a blatant and unjust presumption of guilt. This is, moreover, a prerequisite for *a fair trial*. Subsequently, an intermediate theoretical approach emerged.

4.3. The *conditional liability approach*

Through the theory of *the conditional liability approach*, formally enshrined in Article 33 of the ERTPI, a compromise criterion must operate between the psychological phenomena underlying a rigid hierarchical structure – as is the case with the armed forces – and the framework of legality/lawfulness, with the emphasis now resting on an idea of *manifest illegality*[47] . Thus, in addition to the existence of a relationship of subordination, the decisive prerequisite set out in Article 33 of the ERTPI, for the purposes of excluding liability, rests on ignorance of the illegality or unlawfulness of the order, such illegality or unlawfulness being linked to the axiological-normative standard presupposed by *'international humanitarian law as adopted by the Statute of the ICC"*[48] . However, it follows, still in accordance with that provision (paragraph 2), that the illegality/wrongfulness cannot be manifest, and it is certain that compliance with orders involving the commission of crimes of genocide, under Article 6, or crimes against humanity, as defined in Article 7, cannot, in any case, have an effect of excluding liability. In substantive law, compliance with orders leading to the commission of a war crime (*strictu sensu*), within the meaning of Article 8 of the Statute, may, in certain circumstances, have an exculpatory effect with regard to the subordinate's liability[49] .

Nevertheless, from a substantive perspective, we return to square one, Article 33(2) of the ERTPI – despite the attempt to understand and enshrine in positive law a compromise solution – appears to convey an effective return to *the absolute liability approach*, given that, as Garraway points out, most war crimes – regarding which, in certain cases (and in theory), one could assume their lawfulness – *"are so manifestly unlawful that the question would never arise"*[50] , i.e., in practice, obedience to superior orders would never constitute *a defence*, at most a mere mitigating factor.

It is in this context that some authors speak of the emergence of a *"customary rule in international humanitarian law, by virtue of which an individual who has committed war crimes cannot be exempted from international responsibility by invoking obedience to superior orders as a defence"*[51] . This line of thinking is reflected in the position put forward by Paola Gaeta, who argues that there is a shared *opinio iuris* amongst various States, according to which obedience to superior orders does not constitute grounds for excluding the subordinate's liability in the context of war crimes, given that case law has, as a rule, rejected the *defence* in question, since the crimes committed are of such an intrinsically reprehensible nature that the agent cannot fail to recognise their wrongfulness. Furthermore, as the Author points out, national courts, when faced with such issues, have applied the *defence* in the same manner (in practice, by not granting it any weight). Thus, both the *absolute liability approach* and the *conditional liability approach*

lead to the same result, i.e., the irrelevance of obedience to superior orders as *an* effective *defence* under international law. This rule will only be set aside where doubts arise as to the existence of a criminal norm falling within the scope of international humanitarian law, or if the content of such a norm is dubious, uncertain or ambiguous; in such cases, subordinates must be acquitted, even though, strictly speaking, what applies there is not obedience to superior orders as *a defence*, but rather the principle *of nulla poena nullum crimen sine lege*[52] . Gaeta concludes that there exists a customary norm at the international level, which has gradually taken shape, according to which obedience to superior orders does not constitute a valid defence, in view of a specific teleology governing international criminal law and the courts' rejection of *the defence* on its merits, given the manifest unlawfulness of the crimes committed in the typical situations in which it is invoked, with any acquittals being based on other grounds[53] .

One cannot agree with such a position, at least when it invokes the existence of an international custom in its foundational discourse.

Although a thorough examination of international custom largely transcends the scope of this study, it will always be said that custom is associated with the establishment within the international community of a body of norms that appeals to an idea of a general and consensual axiological-normative structure, which is socially accepted by the members of that community. It therefore depends on the traditional material elements – manifested in repeated practice – and subjective elements – associated with a conviction of obligation. These elements are substantiated in the field of international law, and by way of typological segmentation, through diplomatic practice, international and domestic case law, legal doctrine, legislation, treaty instruments, and recommendations and/or declarations[54] .

Prima facie, Article 33 of the ERTPI, despite its material and effective scope, seeks, at least formally, to enshrine, in positive law, a compromise solution, allowing the exclusionary effect of obedience to superior orders in cases of non-reporting of war crimes that do not exhibit manifest illegality or wrongfulness.

Furthermore, the domestic legislation of most States – at least those governed by substantive law – in certain circumstances, confers exculpatory effect on obedience to superior orders (*e.g.* in cases of non-culpable error regarding unlawfulness), or, at the very least, combines certain circumstances associated with obedience with a general clause of non-enforceability. Consider the case of Article 37 of the Penal Code, which provides that *'An official acts without fault who carries out an order without knowing that it leads to the commission of a crime, this not being evident in the light of the circumstances as perceived by him'*. Or, even more illustrative of what has just been set out, Section 3 of *the Völkerstrafgesetzbuch* (VStGB) (International Criminal Code, of 26 June 2002), which, practically reproducing the wording contained in Article 33 of the ERTPI, states that a per-

son acts without fault if, in carrying out a military order, they were unaware of the order's illegality, provided that the order is not manifestly illegal.

Finally, courts throughout history – as explained in detail in 2. – have applied the *defence* differently, so we believe it is not appropriate to speak of the formation of an international custom in this regard.

We are not unaware, however, that the wording of Article 33 of the ERTPI leaves little scope for politically and criminally appropriate applications, since, following Verhaegen, even if it can be established in practice that the subordinate agent is aware of the unlawfulness of the act carrying out the order received (issued by a superior) – which indicates the reprehensibility of their conduct – it is important to bear in mind the constraints associated with the actions of combatants and the execution of orders, since situations of threat, more or less diffuse, may arise, resulting either from the very nature of the hierarchical relationship established between superior and subordinate, or from the military operation itself[55] .

Indeed, obedience to superior orders must, for the purposes of excluding liability, share characteristics associated with another type of *defence*, namely coercion[56] , without this, this, however, leading to an overlap of the latter over the former, in a logic of conceptual confusion – as Dufour claims[57] – but rather the problem should be viewed from the perspective of operational optimisation or concurrence, given that one must invoke the idea of the unenforceability of non-compliance with the order. I.e., and now in agreement with Dufour's conclusion, obedience to superior orders must be accompanied by an additional element, which points to the constraint on the agent's sphere of action. Thus, to take his example, if a soldier receives an order to detonate a bomb inside a hospital, he, from a moral standpoint, will have the option of disobeying the order[58] . But this will no longer be the case if the subordinate, should he disobey the order, exposes himself to a risk of harm to his life or physical integrity. In that case, *mens rea* is (practically) absent[59] . Everything therefore rests on the control that the superior exercises over the subordinate's will.

5. Control over the act and the unenforceability of compliance with a superior's order

As stated above, obedience to superior orders must have the potential to serve as a ground for excluding the subordinate's liability under international criminal law if, should the agent fail to comply and, by doing so, attempt to opt against committing the crime, they are exposed to a significant and serious harm to a fundamental legal interest (*in particular,* life or physical integrity).

In this context, the order amounts to the communication of a criminal intent, the execution of which is to take place through the functional operation of

the chain of command. That is to say, it constitutes a declaration of intent issued by a superior, with the aim of causing a subordinate to commit a crime against humanity or a war crime.

It is well known that obedience to an order, in itself, even if it constitutes a legally and criminally relevant act, does not automatically constitute a valid *defence*. To reinforce this assertion, one need only consider cases in which the agent's refusal merely entails disciplinary consequences (a warning/reprimand, suspension, dismissal?...), which do not involve any danger to fundamental legal rights. The validity of obedience to superior orders must therefore be substantiated by the element of enforceability inherent in the category, as regards the theory of the offence, of culpability, as a prerequisite (and limit) of international criminal responsibility. Only then will it have the potential to serve as an exclusion from such responsibility. The problem therefore lies in the realm of culpability.

When an order tending towards the commission of an international crime (crimes against humanity or war crimes) is accompanied by coercion, it will be understood, from a structural point of view, within the dogmatic category of indirect perpetration, WITH a structure of *'vertical imputation'* being observed, although international criminal law offers no significant guidance on the corresponding doctrinal elaboration[60] . Nevertheless, as the aforementioned author notes, indirect perpetration, within the framework of the control of the perpetrator's (subordinate's) will by an organised apparatus of power, *'enjoys a certain degree of international recognition',* although it is true that its prerequisites require further elaboration[61] .

International case law has identified several cases in which the material perpetrator (subordinate) is coerced into committing an offence by a superior[62] . The most emblematic case is *Prosecutor v. Erdemovic*. Broadly speaking, Drezen Erdemovic was sentenced in 1996 by *the Trial Chamber* of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to 10 years' imprisonment for committing a crime against humanity – murder committed against Bosnian Muslims – whilst serving in the Serbian army. These crimes were, however, preceded by a superior military order that created a dilemma: either Erdemovic obeyed the order or he and his family would be killed, along with the other victims[63] . The *Trial Chamber* held that, in crimes against humanity, given their manifest unlawfulness, one life cannot be equivalent to or worth more than another; furthermore, there must be a higher standard regarding the binding effect, from a volitional perspective, of the order. Erdemovic further appealed to the *Appeals Chamber,* which, although it reduced the sentence, held that coercion does not constitute a complete *defence* available to a person accused of crimes against humanity[64] . Notwithstanding the majority view upheld on appeal, Judge Cassesse established that, provided certain conditions are met, coercion, together with obedience to superior orders, may constitute a ground for exclusion of liability. These are: a) the act

having been committed under a present and immediate threat to the agent's life or physical integrity; b) there being no adequate alternative means to avert the harm; c) the crime committed not being deemed disproportionate in relation to the threatened harm; d) the situation of coercion not having been voluntarily brought about by the person under coercion[65] . Furthermore, the crime would have taken place in any event, even if that specific subordinate agent had not been the perpetrator of *the harm*; consequently, no need for punishment is apparent in such cases, lest there be an overemphasis on a counterfactual need to restore expectations of the violated norm without political-criminal or teleological justification, given the (practically) absent culpability of the agent, which is untenable in a State governed by substantive law[66] .

It should be noted that an agent who commits a crime in a context of war, under extreme endogenous and exogenous constraints, without having demonstrated an attitude of hostility, and whose receptiveness to the normative appeal is deemed to be particularly limited – the expressiveness of such an appeal being admissible only if an attitude of heroism were required – cannot be the subject of a judgment of culpability in its entirety, as no general or special preventive needs regarding punishability arise from this[67] . Even if, from a volitional perspective, there is no *vis absoluta*, such a psychological concept of will – in the sense that only the total absence of will constitutes a physical and psychological impossibility of acting otherwise – cannot be absolutised, since, as Kai Ambos notes, there is no concrete knowledge regarding the possibility of resistance on the part of the coerced individual. Thus, culpability of the will cannot be reduced to the irrenounceable presupposition of the possibility of resistance, which is subject to relativisation, particularly in cases where another will is involved in the decision-making process, capable of overriding the will of the material executor (subordinate)[68] .

Now, in cases where a superior order involves a threat to the life of the subordinate (or their family members), the subordinate's freedom of action is deemed to be significantly restricted, owing to dependence on a *'particularly strong'* will. Here, it is the hierarchical superior, given that they exert a significant influence on the subordinate's decision-making process, who must be considered the holder of control over the facts, through control over the will of the material executor[69] . Thus, upstream, a *"legal coercion"* unfolds, in the wake of both, resulting from a relationship of superior-subordinate hierarchy, through which the subordinate owes obedience to the commands of the hierarchical superior, and, downstream, a situation of *"factual coercion",* embodied in a well-founded threat to the life or physical integrity of the subordinate, resulting, from a theoretical point of view, in a typical situation of indirect perpetration[70] . Added to this, as already stated, and as highlighted by Albin Eser, is the fact that, even if the responsibility of the person carrying out an order under coercion were not set aside, this would not mean that the war crime had not been committed, since

the superior would always have the opportunity to seek out and a high probability of finding a more obedient subordinate. Thus, the expectation of *'suicidal heroism'* from an average soldier would be deemed manifestly disproportionate[71] .

Consequently, the person over whom authority is exercised, when faced with a coercive order, finds their scope for action severely restricted. Thus, if failure to comply with the order entails not merely the possibility of the agent being subject to mere disciplinary sanctions – in which case the superior's control over his will is not revealed – but rather a serious, imminent and present danger to his life or physical integrity (or that of his family), he cannot be required to act heroically, with the consequent *loss* of his own life or that of his family members, given that the life the subordinate would have taken would ultimately be taken by another, more obedient subordinate, owing to the high degree of fungibility of executors within organised power structures. In short, the (possible) censure that might be levelled in such cases is so limited that, although the agent may be sensitive to the normative appeal, through an awareness of the unlawfulness inherent in the order, no preventive need for punishment is envisaged in view of the severe restriction on his capacity for action, given the strong psychological constraint felt in such cases, and also in view of the safeguarding of a legal interest of at least equivalent value[72] .

6. Concluding summary

In light of what has just been set out and attempted to be demonstrated, the following conclusive propositions may be drawn, although their non-absolute nature should be noted, given the structural and discursive fluctuations felt in both doctrine and case law:

a) Obedience to superior orders does not, in itself, constitute an effective *defence* – there is no control of the subordinate's will by the superior if the subordinate, upon refusing to comply with the order, merely faces disciplinary consequences;

b) Obedience to superior orders can only potentially exclude international responsibility if refusal would expose the subordinate agent (or their family) to a well-founded threat to their life or physical integrity;

c) From a structural perspective – when they restrict the subordinate's capacity for action – superior orders that entail the commission of an international crime fall within the dogmatic category of indirect perpetration, given the control exercised by the superior over the will of the material perpetrator (the subordinate);

d) The demand for *extreme heroism* on the part of the subordinate, coupled with the requirement to disobey superior orders, proves to be a grossly disproportionate political-criminal solution;

e) Thus, in cases where the superior exercises control over the subordinate's will, compliance with the order, given its restrictive effect on the subordinate's capacity for action, will mean that the judgement of censure to be formulated must be so limited that no general or specific preventive requirements demanding punishment can be identified;

f) The superior, when exercising control over the subordinate's will, is effectively responsible for the commission of the crime, just as if they were the actual perpetrator;

g) The high degree of interchangeability of perpetrators within organised power structures reinforces, in such cases, the removal of individual responsibility from the coerced subordinate.

7. Bibliographical references.

Almeida, Francisco Ferreira de, *Crimes Against Humanity in Contemporary International Criminal Law,* Coimbra: Almedina, 2009.

Amaral, Diogo Freitas do, ' ' in *Curso de Direito Administrativo,* Vol. I, 4th edition, Coimbra: Almedina, 2016.

Ambos, Kai, *The General Part of International Criminal Law – Foundations for a Dogmatic Elaboration,* trans. of the 2nd edition by Ezequiel Malarino, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

Ambos, Kai, *"Some Considerations on the Eichmann* Case", trans. by Diego Sandino and María Dómine, *in Revista de Derecho Penal,* no. 36, 2012, pp. 9–19.

Arendt, Hanna, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil,* trans. by Ana Corrêa da Silva, Lisbon: Relógio D'Água, 2024.

Aubert, Maurice, *"The Question of Superior Orders and The Responsibility of Commanding* Officers", *in International Review of the Red Cross,* no. 263, 1988, pp. 105–120.

Baade, Hans W., *"The Eichmann Trial: Some Legal* Aspects", *in Duke Law Journal,* no. 3, 1961, pp. 400–420.

Brandão, Nuno, *Justification and Excuse for Obedience in Criminal Law,* Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

Canotilho, J.J., Moreira, Vital, *Annotated Constitution of the Portuguese Republic,* Vol. II, 4th edition, reprint, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

Carvalho, Américo Taipa de, *"Grounds for Exclusion from Criminal Responsibility Provided for in the Rome Statute of the International Criminal* Court", *in Law and Special Justice: The International Criminal Court and the Transformation of International Law. International Conference of the FDUCP/PGR,* 2006, pp. 147–162.

Costa, José de Faria, *Fundamental Concepts of Criminal Law (Fragmenta Iuris Poenalis),* 4th edition, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

Darcy, Shane, *"Defences to International* Crimes", photocopied version, previously published in William A. Achabas / Nadia Bernaz (eds.), *Handbook of International Criminal Law*, available at https://researchrepository.universityofgalway.ie.

Dias, Jorge de Figueiredo, *Criminal Law – General Part – Volume I – Fundamental Issues. The General Doctrine of Crime*, 3rd edition, Coimbra: Gestlegal, 2019.

Duarte, Maria Luísa, *Public International Law and the Global Legal Order of the 21st Century*, Lisbon: AAFDL Editora, 2017.

Dufour, Geneviève, *"Does the Defence of Superior Orders Really Exist*?", *in RICR*, Vol. 82, No. 840, 2000, pp. 969–993.

Eser, Albin, *"Defences in War Crime* Trials"*, in* Y. Dinstein (ed.), *Israel Yearbook on Human Rights,* Vol. 24, 1994, pp. 201–234.

Garraway, Charles, *"Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered or Justice* Denied"*, in International Review of the Red Cross*, Vol. 81, XXVII International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 1999, pp. 785–794.

Gaeta, Paola, *"The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International* Law"*, in European Journal of International Law,* Vol. 10, 1999, pp. 172–191.

"German War Trials: Judgment in the Case of Commander Karl Neumann"*, in The American Journal of International Law,* Vol. 16, No. 4, 1922, pp. 704–708.

Gilbert, Jeremie, *"Justice not Revenge: The International Criminal Court and The 'Grounds to Exclude Criminal Responsibility'* – Defences or Negation of Criminality?"*, in The International Journal of Human Rights,* Vol. 10, No. 2, pp. 143–160.

Hajdin, Nikola, *Commentary on the ICC Statute*, Case Metrix Network, available at https://www.case-matrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-3.

Hobbes, Thomas, *On the Citizen,* trans. Renato Ribeiro, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Liang, Jessica, *"Defending the Emergence of the Superior Orders Defence in the Contemporary* Context"*, in Göttingen Journal of International Law*, Vol. 2, No. 3, 2010, pp. 871–892.

Lippman, Mathew R., *"Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders* Defence"*, in Penn International Law Review,* Vol. 20, No. 1, 2001, pp. 153–251.

Oppenheim, Lassa F., *International Law – A Treatise – Vol. II – War and Neutrality,* London: Longmans, Green and Co., 1906.

Otero, Paulo, *'* : *Concept and Basis of the Administrative Hierarchy',* Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

Pérez-León Acevedo, Juan Pablo, *"Subordinate Obedience to Superior Orders in Cases of War Crimes. Analysis in the Light of International* Law"*, in Agenda Internacional,* Vol. 13, No. 24, 2007, pp. 371–407.

Roxin, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal,* trans. from the 7th German edition by Joaquín Cuello Contreras and José Luís González de Murillo, Madrid: Civitas, 2000.~

Roxin, Claus, Greco, Luís*, Criminal Law – General Part – Volume 1. Foundations – The Structure of the Theory of Crime*, trans. from the 5th German edition (ed. by Luís Greco and Alaor Leite), São Paulo: Marcial Pons, 2024.

Santos, Priscilla Camargo, Taques, João Daniel, *"Exceptions to Liability Provided for by the International Criminal* Court"*, in Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas*, Vol. 18, No. 31, 2018, pp. 103–123.

Verhaegen, Jacques, *"Refusal to Obey Manifestly Criminal Orders – Towards a Procedure Accessible to* Subordinates"*, in RICR,* Vol. 84, 2002, No. 845, pp. 35–50.

Notas finais

1 In this English-language version of the text, almost all the titles in the bibliography have also been translated into English to give the reader an idea of the content of the works cited by the author, and not because they are necessarily written in English. If the reader wishes to consult or cite the work, they should therefore look for it using the title given in the untranslated version of the text, as this is the title of the work actually used by the author

2 See Francisco Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Penal Internacional*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 464; Paola Gaeta, *"The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International* Law", *in European Journal of International Law,* Vol. 10, 1999, p. 173.

3 As Roxin and Greco point out, given that the Rome Statute of the International Criminal Court (RSICC) contains a fairly extensive general part, the subject matter of which is essentially compatible with domestic law, it may prove highly useful in the doctrinal development of the general part of international criminal law, hence the importance of revisiting, albeit briefly, the domestic doctrine on this matter. See Claus Roxin / Luís Greco, *Criminal Law – General Part – Volume 1. Foundations – The Structure of the Theory of Crime*, trans. of the 5th German edition (ed. by Luís Greco and Alaor Leite), São Paulo: Marcial Pons, 2024, pp. 291–292 (§4/nm55). It should be noted, however, that the regimes differ, and therefore the issue at the level of international law warrants more careful consideration.

4 Thomas Hobbes, *On the Citizen*, trans. Renato Ribeiro, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 183 (XII, 2/7).

5 See Geneviève Dufour, *"La Défence D'Ordres Supérieurs Exist-t-elle Vraiment?", in RICR*, Vol. 82, No. 840, 2000, pp. 969–993.

6 See Mathew R. Lippman, *"Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders* Defence", *in Penn International Law Review*, Vol. 20, No. 1, 2001, pp. 158–159.

7 Lassa F. Oppenheim, *International Law – A Treatise – Vol. II – War and Neutrality*, London: Longmans, Green and Co., 1906, pp. 310–311.

8 See Charles Garraway, *"Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered or Justice* Denied", *in International Review of* the *Red Cross*, Vol. 81, XXVII, 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 1999, p. 787; Mathew R. Lippman, "Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defence", *op. cit.,* pp. 168–169.

9 See *"German War Trials: Judgment in Case of Commander Karl* Neumann", *in The American Journal of International Law,* Vol. 16, No. 4, 1922, pp. 705–708.

10 See Jacques Verhaegen, *"Refusal to Obey Manifestly Criminal Orders – Towards a Procedure Accessible to* Subordinates", *in RICR*, Vol. 84, 2002, No. 845, p. 35.

11 See Jacques Verhaegen, *"Refusal to Obey Manifestly Criminal Orders – Towards a Procedure Accessible to* Subordinates", *op. cit.,* p. 36.

12 See Charles Garraway, *"Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered or Justice* Denied", *op. cit.,* p. 789.

13 See Maurice Aubert, *"The Question of Superior Orders and The Responsibility of Commanding* Officers", in *International Review of the Red Cross*, No. 263, 1988, pp. 107–108.

14 See Lassa F. Oppenheim, *International Law – A Treatise: Disputes, War and Neutrality,* 6th ed., 1944, p. 453, *cited in* Mathew R. Lippman, *"Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders* Defence", *op. cit.,* pp. 174–175.

15 See Hans W. Baade, *"The Eichmann Trial: Some Legal* Aspects", *in Duke Law Journal*, No. 3, 1961, pp. 400–401.

16 For further details, see Hans W. Baade, *"The Eichmann Trial: Some Legal* Aspects", *op. cit., passim.*

17 See Kai Ambos, *"Algunas Consideraciones Sobre el Caso* Eichmann", trans. by Diego Sandino and María Dómine, *in Revista de Derecho Penal*, no. 36, 2012, p. 12. Eichmann, somewhat fixated on the morality underlying the execution of orders, argued that, given he had been a scrupulous law-abider throughout his life, he would only have acted against his conscience had he failed to carry out the orders he had been given. It so happens, however, that Eichmann's axiological conscience would have been severely distorted in

the face of his functional role within the machinery of the Nazi regime. As Hanna Arendt masterfully demonstrated, *'The problem, in Eichmann's case, was that there were many like him, and that these many were neither perverse nor sadistic, for they were, and still are, terribly normal, frighteningly normal. From the perspective of our institutions and our moral values, this normality is far more terrifying than all the atrocities put together, for it implies (…) that this new type of criminal, being, in reality, a hostis humani generis, commits his crimes under circumstances that make it impossible for him to know or feel that he is acting wrongly*". Hanna Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, trans. Ana Corrêa da Silva, Lisbon: Relógio D'Água, 2024, p. 381 (regarding the preceding issue, pp. 89 ff.). However, this is a very different problem from the absence of *mens rea*, based on what the Author came to term *the banality of evil*, a problem which has not yet found full acceptance in exculpatory discourse, although it may have the potential to influence the evaluative judgement that governs the determination of the sentence. As for *mens rea*, Hanna Arendt tells us that Eichmann's situation was not comparable to typical situations of coercion, in which, in the event of disobedience, the subordinate risks facing a firing squad, since there is no record of any subordinate's life being in danger should they refuse, out of a sense of conscience, to disobey orders. It would therefore have been sufficient for Eichmann to have submitted a request for transfer. Another matter, however – and this point is closely intertwined with the *banality of evil* – lies in the way Eichmann's conscience was shaped, given that, for him, a request for transfer would have amounted to an unacceptable act. In Arendt's striking words: *"No, Eichmann had not been in 'immediate danger of death'. And, as he was proud to assert that he had 'always done his duty', he had always obeyed every order, just as his oath required. Eichmann had, as is logical, done everything possible to aggravate, rather than mitigate, 'the consequences of his crime'.* Moreover, Eichmann had observed the places to which the Jews had been transported, and had been shocked by what he had seen. (Hanna Arendt, *Eichmann in Jerusalem, op. cit.,* pp. 166–168). How, then, can one maintain that there was not a shred of conscience? After all, murder (especially when committed on a mass scale) is a socially intolerable act, intrinsically worthless, whether in a totalitarian state or anywhere else in the world. It seems to us, therefore, that Eichmann acted, having envisaged and desired the result, albeit not as an end in itself, but as a necessary consequence to secure successive hierarchical and functional promotions, which were selfish and futile aims (this is a case of *necessary intent*).

18 Cf. Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trans. of the 7th German edition by Joaquín Cuello Contreras and José Luís González de Murillo, Madrid: Civitas, 2000, pp. 273–274.

19 Kai Ambos, "Some Considerations on the Eichmann Case", *op. cit.,* p. 15.

20 The scope of this *article* does not allow for a fully exhaustive historical review. For a comparison of other cases in which the defence was invoked, albeit unsuccessfully, which are not as significant from a historical perspective, see and Mathew R. Lippman, *"Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders* Defence", *cited in ,* pp. 215 et seq. However, within the present overview, although it does not enjoy the same prominence as the cases already mentioned, the Canadian case *Regina v. Finta,* decided by the Supreme Court of Canada in 1994, is of significance. Imre Finta served as a captain in *the Royal Hungarian Gendarmerie*, having been posted to serve in Szeged, a city controlled by the Nazi regime. Finta was accused of carrying out the so-called *Baky Order* and of supervising the isolation, *ghettoisation* and deportation of thousands of Jews residing in Hungary to the Auschwitz concentration camp, where they were subjected to torture, forced labour and mass killings. The Supreme Court of Canada recognised that military organisations depend, to a large extent, on a functional structure based on the idea of authority and immediate, unquestioning obedience, even though this idea has been set aside, in judicial practice, by the concept of a manifestly illegal order. That court, invoking the Nuremberg moral choice test, recalled that in the absence of a moral choice, criminal intent could not be established. Furthermore, as emphasised by Justice Cory, the lower the position in the hierarchy, the greater the compulsion and the lesser the inhibitory effect associated with

a value judgement. Judge Cory held that, although the defendant had not given evidence, there was sufficient evidence to justify an acquittal, namely: a) the belief that the order for the deportation of Jews was lawful; b) the fact that the actions took place during a state of war; c) the prevalence of a widespread perception that Jews were undesirable, disloyal and subversive; d) the involvement of the Hungarian regime, in conjunction with the Nazi regime, in the deportation and confiscation of Jewish property. (*Ibid.,* pp. 232 et seq.). However, this assertion appears to overlook the fact that the restriction of freedom of movement, murder and offences against physical and mental integrity (or, at the very least, aiding and abetting such acts) – moreover, on a mass scale – constitute socially intolerable acts, whether under a transpersonalist regime or anywhere else in the world. Furthermore, there is no evidence that the Defendant was coerced into committing such criminal acts. How, then, can he be acquitted, given the obvious intrinsic wrongfulness of the acts he committed and the possibility of refusing to carry out the orders issued by his superior?

21 See Maurice Aubert, *"The Question of Superior Orders and The Responsibility of Commanding* Officers", *op. cit.,* pp. 109 et seq.

22 For a better understanding, we have transcribed the provisions of both Treaties. Thus, pursuant to Article 7(4) of the Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia, adopted by the United Nations Security Council on 25 May 1993, *"The fact that an accused person acted in compliance with an order of a government or a superior shall not exempt him from criminal responsibility, but may be considered a mitigating factor if the International Tribunal deems it just."* Article 6(4) of the Statute of the International Tribunal for Rwanda, adopted by the United Nations Security Council on 8 November 1994, provides that *"The fact that an accused person acted in compliance with an order issued by a government or a superior does not exempt him from criminal responsibility, but may be considered a ground for mitigation of punishment, if the International Tribunal for Rwanda so determines, in the interests of justice".* These normative instruments, as well as the Rome Statute of the International Criminal Court to which we shall refer below, can be consulted at https://dcjri.ministeriopublico.pt/tratados.

23 In Portugal, approved for ratification by Resolution of the Assembly of the Republic No. 3/2002 of 18 January.

24 See Claus Roxin / Luís Greco, *Criminal Law – General Part – Volume 1. Foundations – The Structure of the Theory of Crime*, *op. cit.,* p. 291 (§4/nm 54-55).

25 See Nikola Hajdin, "Art. 33", *in Commentary on the ICC Statute,* Metrix Network Case, available at https://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-3.

26 See Jorge de Figueiredo Dias, *Criminal Law – General Part – Volume I – Fundamental Issues. The General Doctrine of Crime*, 3rd edition, Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 587–588.

27 See J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Annotated Constitution of the Portuguese Republic*, Vol. II, 4th edition, reprint, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 855.

28 Although Article 12 of the Statute of the Armed Forces enshrines the duty of obedience as a special duty of military personnel, and Article 26 ostensibly reinforces respect for the hierarchy, such a duty is subject to the insurmountable limit of the axiological and normative framework essential to the free development of each individual's personality, as derived from Article 13 of that legal instrument.

29 Approximately, although the author grants it, here, merely mitigating rather than excluding effect – relying, for this purpose, instead on the concept of non-culpable error regarding the unlawfulness; see Jorge de Figueiredo Dias, *Criminal Law – General Part, op. cit.,* p. 754.

30 Nuno Brandão, *Justification and Excuse by Obedience in Criminal Law*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 287.

31 See Diogo Freitas do Amaral, *Course on Administrative Law*, Vol. I, 4th edition, Coimbra: Almedina, 2016, p. 674. See also the Judgment of the Lisbon Court of Appeal of 22 February 2024 (Case No. 125/21.9NJLSB.L1-9I), available at https://www.dgsi.pt, in which it was held that *'(…) the order must be issued within the context of a direct hierarchical relationship or*

within the context of a functional hierarchical relationship (in this case, although the order was not given by the defendant's direct superior, it was given by a military officer of higher rank than the defendant who was in charge of the waste disposal service, thus establishing a functional hierarchical relationship between the two); "The defendant could only have refused to comply with the order if it had contravened the express order of his immediate superior or if compliance with it would have constituted the commission of a specific unlawful act (Article 271(3) of the CRP and Article 12(1) of the RDM), which was not the case in the present proceedings".

32 *Ibid*.

33 See Nuno Brandão, *Justification and Excuse by Obedience in Criminal Law, op. cit.,* pp. 22 ff.; 33 ff.; 38.

34 See Nuno Brandão, *Justification and Excuse by Obedience in Criminal Law, op. cit.,* pp. 251 ff.

35 The expression, although used in a different context, is by Paulo Otero, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 399.

36 José de Faria Costa, *Fundamental Concepts of Criminal Law (Fragmenta Iuris Poenalis*), 4th edition, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 443.

37 See Jessica Liang, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defence in the Contemporary Context", *in Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, No. 3, 2010, pp. 873.

38 *'Permeability to the normative appeal'* is a term coined by Roxin to comprehensively formulate the concept of criminal legal culpability, which we have adopted, albeit with the addition of other elements, in previous studies. See Claus Roxin / Luís Greco, *Criminal Law – General Part – Volume 1. Foundations – The Structure of the Theory of Crime*, *op. cit.,* p. 1141 (§19/nm3) (although here with a slightly different translation, but corresponding, in essence, to the aforementioned expression).

39 See Jessica Liang, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defence in the Contemporary Context", *op. cit.,* pp. 873–874.

40 See Shane Darcy, *"Defences to International* Crimes", photocopied version, previously published in William A. Achabas / Nadia Bernaz (eds.), *Handbook of International Criminal Law*, available at https://researchrepository.universityofgalway.ie., pp. 16 et seq.

41 Hans Kelsen, *'Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War* Criminals', *in California Law Review*, 31, 1943, pp. 530, 556, *cited in* Jessica Liang, 'Defending the Emergence of the Superior Orders Defence in the Contemporary Context', *op. cit.,* p. 879. This is, therefore, a manifestation of the Kelsenian pyramidal scheme. As is well known, in the Kelsenian conception set out in his *Pure Theory of Law*, objective oughtness derives from a successive normative legitimation that must culminate in *the Fundamental Norm*. The logical scheme is similar: the subordinate must comply with the binding act, whether intra- or inter-organisational, emanating from the superior, who externalises it on the basis of a norm that empowers him to do so.

42 See Albin Eser, *"Defences in War Crime* Trials", *in* Y. Dinstein (ed.*), Israel Yearbook on Human Rights,* Vol. 24, 1994, p. 207.

43 *Ibid*.

44 See Jacques Verhaegen, *"Le Refus D'Obéissance aux Ordres Manifestment Criminels – Pour une Procédure Accessible Aux* Subordonnés", *op. cit.,* p. 45.

45 See Albin Eser, *"Defenses in War Crime* Trials", *op. cit.,* p. 208.

46 See Jessica Liang, *"Defending the Emergence of the Superior Orders Defence in the Contemporary* Context", *op. cit.,* p. 881.

47 *Ibid*.

48 Américo Taipa de Carvalho, *"Grounds for Exclusion of Criminal Responsibility Provided for in the Rome Statute of the International Criminal* Court", *in Law and Special Justice: The International Criminal Court and the Transformation of International Law. International Conference of the FDUCP/PGR,* 2006, p. 159.

49 See Américo Taipa de Carvalho, *"Grounds for Exclusion from Criminal Responsibility Provided for in the Rome Statute of the International Criminal* Court", *op. cit.,* p. 160; See also, by way of example, Priscilla Camargo Santo / João Daniel Taques, *"Exclusions from Liability Provided for in*

the International *Criminal* Court", *in Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas*, Vol. 18, No. 31, 2018, pp. 120 et seq.

50 Charles Garraway, *"Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered or Justice* Denied", *op. cit.,* p. 791.

51 Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *"A Subordinate's Obedience to Superior Orders in Cases of War Crimes. Analysis in the Light of International* Law", *in Agenda Internacional*, Vol. 13, No. 24, 2007, p. 394. The author follows the position of Paola Gaeta, which we shall explain below.

52 See Paola Gaeta, *"The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International* Law", *in European Journal of International Law,* Vol. 10, 1999, pp. 183–186.

53 See Paola Gaeta, *"The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International* Law", *in European Journal of International Law,* Vol. 10, 1999, pp. 186–188.

54 See, among many others, Maria Luísa Duarte, *Public International Law and the Global Legal Order of the 21st Century,* Lisbon: AAFDL Editora, 2017, pp. 124 et seq.

55 See Jacques Verhaegen, *"Le Refus D'Obéissance aux Ordres Manifestment Criminels – Pour une Procédure Accessible Aux* Subordonnés", *op. cit.,* p. 43. The Author, in order to mitigate such cases, proposes the existence of a procedure which, from a preventive perspective, allows for the neutralisation of the criminogenic flow brought about through the execution of superior orders, through the dissemination of the non-negotiable principles and norms of international law, the criminalisation of conduct likely to facilitate the commission of crimes in strictly hierarchical contexts, as well as the introduction of regulatory provisions enabling the subordinate, in circumstances where, as a rule, refusal of the order would require an act of heroism, to legitimately refuse to carry out manifestly criminal orders, so as to assist them in transcending the endogenous and exogenous constraints that characterise the possible challenge to a superior order (*Ibid.,* p. 47). This thesis, in theoretical terms, is to be applauded, although it raises some reservations regarding its practical application in a wartime context.

56 Coercion is regulated in Article 31(1)(d) of the ERTPI, which provides: *"Without prejudice to other grounds for exclusion from criminal liability provided for in this Statute, a person shall not be held criminally liable if, at the time of committing a particular act, they acted in a manner that presumably constitutes a crime within the jurisdiction of the Court, as a result of duress arising from an imminent threat of death or serious bodily harm to themselves or to another person, and where they are compelled to act in a necessary and reasonable manner to avert that threat, provided that they do not intend to cause greater harm than that which they sought to avoid. Such a threat may either: i) have been made by other persons; or ii) consist of other circumstances beyond their control."* At the international level, coercion has been the subject of conceptual harmonisation, resulting in *a* single *defence,* which invokes the idea of the unenforceability of alternative conduct. It is true, however, that in the state of necessity *in the strict sense*, this unenforceability derives from objective circumstances, whilst coercion proper presupposes the conduct of a third party. The following common prerequisites, which are set out in advance, can be discerned in the doctrine: a) The conduct adopted must be based on a serious and immediate threat to the agent's life or physical integrity; b) The absence of other suitable means to avert the danger; c) There is no manifest disproportion between the crime committed and the threat suffered; d) There is no active and voluntary contribution by the agent to the situation of coercion or necessity. Cf. Francisco Ferreira de Almeida, *Crimes Against Humanity in Contemporary International Criminal Law*, *cit.* , pp. 480–482.

57 See Geneviève Dufour, *"La Défence D'Ordres Supérieurs Exist-t-elle Vraiment*?", *op. cit.,* p. 984.

58 In this regard, mention should be made of the striking case of conscientious objection by Ehren Watada, a former first lieutenant in the United States Army, who categorically refused to comply with a superior order to deploy to Iraq, having charted a course of protest by invoking the illegality of the invasion of Iraq. For Watada, there was a duty, an imperative of conscience – which took precedence over the duty to obey superior orders – to refrain from crimes against humanity, since his participation, i.e. compliance with the order, would, in his view, make him an accomplice in the commission of such crimes (perpetrated in Iraq). See

Eric Yamaoto / Ashley Obrey, *"From Heart Mountain to* Iraq", *in Amerasia Journal*, 33:3, 2007, pp. 73 ff.

59 See Geneviève Dufour, *"La Défence D'Ordres Supérieurs Exist-t-elle Vraiment*?", *op. cit.*, p. 984 ff.

60 See Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional –Bases para una Elaboración Dogmática*, trans. of the 2nd edition by Ezequiel Malarino, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 196.

61 *Ibid., ibid*.

62 A Ukrainian court recently convicted a Russian soldier, Vadim Shishimarin, of the murder of Oleksandr Shelipov, in the context of Russia's invasion of Ukraine. The defendant claimed to have acted in obedience to a superior's order – having also issued a public apology to the victim's widow – which, incidentally, was confirmed by the court at the time of the conviction, although it did not attach any weight to this defence. It is worth noting that the defence argued that the soldier, now convicted, had attempted to refuse the order given to him on two occasions, unsuccessfully, and had only proceeded with such conduct out of fear for his own safety. See "Ukraine war: Russian soldier Vadim Shishimarin jailed for life over war crime" *in BBC News* (https://www.bbc.com/news/world-europe-61549569). However, given that our analysis is limited to a news article, and as we have no access to either the case file or a detailed study of it (which, as far as we can tell, has not yet been made available), we cannot assert, with all the necessary evidence, the control over the will of the perpetrator.

63 Consider what Erdemovic stated at the hearing: *"Your Honour, I had to do it. If I had refused, I would have been killed along with the victims. When I refused, they told me: 'If you feel sorry for them, stand up, join them, and we'll kill you too.' I don't feel sorry for myself, but for my family, my wife and my son, who was nine months old at the time, and I couldn't refuse, because then they would have killed me."* See *Prosecutor v. Erdemovic,* Case No. IT-96-22-T, 29 November 1996, paras. 16–20, *cited in* Francisco Ferreira de Almeida, *Crimes Against Humanity in Contemporary International Criminal Law*, *op. cit.,* p. 488.

64 On this case, see Shane Darcy, *"Defences to International* Crimes", *op. cit.,* pp. 9–10; Jeremy Gilbert, *"Justice not Revenge: The International Criminal Court and The 'Grounds to Exclude Criminal Responsibility' – Defences or Negation of Criminality*?", *in The International Journal of Human Rights*, Vol. 10, No. 2, pp. 16 et seq.

65 See Shane Darcy, *"Defences to International* Crimes", *op. cit.,* p. 10.

66 Approximately, see Francisco Ferreira de Almeida, *Crimes Against Humanity in Contemporary International Criminal Law*, *op. cit.,* p. 492.

67 Approximately, see Francisco Ferreira de Almeida, *Crimes Against Humanity in Contemporary International Criminal Law*, *op. cit.,* p. 486.

68 See Kai Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional, op. cit.,* pp. 201–202.

69 See Kai Ambos, *The General Part of International Criminal Law, op. cit.,* p. 203.

70 See Kai Ambos, *The General Part of International Criminal Law, op. cit.,* p. 207.

71 See Albin Eser, "Defences in War Crime Trials", *op. cit.,* p. 213.

72 See, for example, Claus Roxin / Luís Greco, *Criminal Law – General Part – Volume 1. Foundations – The Structure of the Theory of Crime*, *op. cit.*, pp. 1291–1294 (§22, nos. 4–11).