

Introdução

Neste artigo procurarei defender as três seguintes teses:

- i) Certo tipo de guerras de libertação nacional e de resistência devem qualificar-se como conflitos armados internacionais e, nesses termos, é-lhes aplicável o direito internacional humanitário;
- ii) O conflito em Timor-Leste, entre a Resistência e as Forças Armadas Indonésias, enquadra-se nesse tipo de conflitos;
- iii) Os combatentes da Resistência Timorense, quando capturados pela Indonésia, como Xanana Gusmão, devem ser considerados prisioneiros de guerra, protegidos pela III Convenção de Genebra e não como fazendo parte da população civil a que é aplicável a IV Convenção de Genebra.

Antes de prosseguir parece-me necessário fazer duas observações. A primeira para sublinhar que as teses que passarei a expor têm um carácter essencialmente jurídico, daí que as conclusões a que chegue revistam igualmente esse carácter.

A segunda observação diz respeito à necessidade de clarificar o sentido daquilo que se entende por direito internacional humanitário nomeadamente por contraposição aos direitos do homem.

Por direito internacional humanitário entende-se o conjunto de regras jurídicas aplicáveis apenas em situações de conflito armado, quer na perspectiva das regras protectoras das pessoas e bens (o chamado direito de Genebra)¹, quer no que respeita às regras que devem ser observadas na conduta das hostilidades (o chamado direito de Haia)². E o clássico direito da guerra (*Jus in Bello*)³.

Por seu lado, as normas relativas aos direitos do homem, embora não sejam irrelevantes em tempos de guerra, têm o seu normal campo de aplicação em tempos de paz⁴.

I. As guerras de libertação nacional e o direito internacional humanitário

A primeira questão que importa determinar é a de qual o estatuto dos conflitos ou guerras de libertação nacional face ao direito internacional humanitário, dito de outro modo, saber se o direito internacional humanitário se aplica a esse tipo de conflitos. Esta primeira questão é de importância capital⁵.

A segunda questão a examinar é a de, verificada a aplicabilidade de princípio do direito internacional humanitário, determinar as consequências jurídicas em termos de direitos e deveres para as diferentes partes envolvidas no conflito.

No direito internacional humanitário existem duas grandes divisões conceptuais que são decisivas para a determinação do direito que em concreto cabe aplicar a determinado conflito armado.

As opiniões expressas são de exclusiva responsabilidade do autor.

Em primeiro lugar a distinção entre conflito armado internacional e conflito armado não internacional, considerado como uma *summa divisio* nesta matéria.

Em segundo lugar a distinção entre população civil e combatentes.

1. Situações em 1949

Para o direito internacional tradicional o direito internacional humanitário aplicava-se apenas aos conflitos não internacionais, isto é, os conflitos interestatais. Os conflitos não internacionais — como por exemplo as guerras civis — eram considerados como assuntos internos e como tal submetidos, em princípio, apenas ao direito interno de cada Estado⁶. Em 1949, quando da elaboração das quatro Convenções de Genebra, que constituem a base fundamental do direito internacional humanitário moderno, as guerras de libertação nacional, nomeadamente sob a forma de guerras anticoloniais, eram consideradas um conflito interno, uma espécie do género guerra civil⁷.

Essas guerras constituíam assim um assunto interno do Estado envolvido e portanto estavam submetidas ao seu direito interno que, na generalidade dos casos, consideravam os combatentes como criminosos de direito comum ou terroristas⁸.

A experiência da guerra civil espanhola tinha levado o Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV) a propor, aquando da elaboração das Convenções de Genebra de 1949, que embora esses conflitos fossem conflitos internos deveriam gozar da protecção do direito internacional humanitário. Assim, o CICV propunha que «In all cases of armed conflict which are not of an international character, especially cases of civil war, colonial conflicts, or wars of religion, which may occur in the territory of one or more of the High Contracting Parties... the implementing of the principles of the present Convention shall be obligatory on each of the adversaries»⁹. Esta formulação, que, sublinhe-se, considerava como internos os conflitos coloniais, embora lhes mandasse aplicar a totalidade do direito internacional humanitário, não veio a ser aceite pela Conferência após prolongados debates¹⁰. Em sua substituição foi acordado um regime especial de protecção para os conflitos não internacionais, constante do artigo 3.º, comum às quatro Convenções de Genebra, considerado por alguns como uma «mini-convenção» dentro das Convenções. Nos termos desta «mini-convenção», nas situações de conflito não internacional, «as pessoas que não participem directamente nas hostilidades» deverão ser tratadas com humanidade e gozam de um mínimo de protecção¹¹. A protecção assim concedida destina-se essencialmente à população civil e não aos combatentes. Estes só são beneficiados a partir do momento em que «não participem directamente nas hostilidades», isto é, desde que se rendam ou sejam feitos prisioneiros. Mas, nesse caso, não beneficiam do estatuto

de prisioneiro de guerra, pelo que respondem penalmente pelos seus actos.

As guerras coloniais de libertação nacional foram, assim, em 1949, consideradas conflitos internos, submetidas ao regime jurídico do Estado em questão. A Carta das Nações Unidas, de resto, não punha em causa nem condenava o sistema colonial, enquanto tal, mas apenas impunha uma orientação que, no que respeita aos territórios não autónomos, se traduzia em reconhecer o princípio da primazia dos interesses dos seus habitantes, assegurar o progresso político, económico e social, desenvolver a sua capacidade de se auto-administrarem e o desenvolvimento das suas livres instituições políticas¹². Quanto aos territórios sobre tutela admitia-se expressamente a possibilidade de independência¹³, o que não sucedia quanto aos territórios não autónomos, embora tal não se excluísse¹⁴. Assim, pode dizer-se que a posição do Governo português, nos inícios dos anos 1950, ao considerar a questão colonial como uma questão essencialmente interna, era compatível com o direito internacional Vigente na época.

2. Evolução desde 1949: internacionalização das guerras de libertação nacional

2.1. O direito à autodeterminação

A multiplicação das guerras de libertação nacional, nomeadamente os conflitos coloniais que se desenvolvem após a II Guerra Mundial, a simpatia crescente de que gozam por parte da comunidade internacional o desejo desta de lhes outorgar a protecção do direito internacional humanitário, veio questionar, sem pôr em causa como veremos, alguns dos conceitos fundamentais do direito humanitário tradicional, como a distinção entre conflito interno e internacional ou entre população civil e combatentes. A solução encontrada, que se traduziu pela consideração desse tipo de conflitos como conflitos internacionais, mantém, desenvolvendo, os conceitos tradicionais.

A partir do início dos anos 1950 vamos assistir a um processo de internacionalização das guerras de libertação nacional. Este processo tem como pano de fundo realidades políticas bem determinadas, a saber: a situação nas Colónias portuguesas; o regime de *apartheid* vigente na África do Sul e a ocupação da Namíbia; a situação na Rodésia após a declaração unilateral de independência em 1965

e a situação nos territórios ocupados por Israel a partir de 1967. Estão assim na linha de mira essencialmente três países: Portugal, África do Sul e Israel. Por outro lado, este processo tem como fio condutor o desenvolvimento e a promoção do direito à autodeterminação dos Povos referido na Carta da ONU no artigo 1.º, parágrafo 2, e artigo 55.º.

Esta internacionalização decorre a vários níveis: quer ao nível multilateral, nas organizações e movimentos internacionais como a ONU, a OUA ou o Movimento Internacional da Cruz Vermelha; quer ao nível bilateral e unilateral resultante da prática dos Estados.

A interpretação do artigo 1.º, parágrafo 2, e artigo 55.º da Carta da ONU quando se referem à autodeterminação deu origem a uma das maiores querelas interpretativas da Carta¹⁵. Os países ocidentais consideravam, de um modo geral, que o direito à autodeterminação era apenas um princípio geral ou um ideal a atingir mas não uma obrigação jurídica. Para os restantes países tal princípio tinha natureza jurídica dele decorrendo obrigações e direitos.

No âmbito das Nações Unidas, quanto à questão da autodeterminação, cabe destacar essencialmente duas resoluções da Assembleia Geral que constituem verdadeiros marcos históricos. A resolução 1514 (XV) e a resolução 2625 (XXV).

A resolução 1514 (XV), de 14-12-1960¹⁶, adoptada sem votos contra mas com nove abstenções, aprova a «Declaração sobre a concessão da independência aos Países e Povos Coloniais» que afirma sem ambiguidades: «1. A submissão dos Povos a uma subjugação, dominação ou exploração estrangeiras constitui uma negação dos direitos humanos fundamentais, é contrário à Carta das Nações Unidas e é um obstáculo à promoção da paz mundial e da cooperação.

2. Todos os Povos têm direito à autodeterminação; em virtude deste direito eles determinam livremente o seu estatuto político e prosseguem livremente o seu desenvolvimento económico, social e cultural». A resolução 2625 (XXV) de 24-10-1970, fruto de um longo processo de negociação conduzido segundo a regra do consenso por um Grupo de Trabalho da VI Comissão da Assembleia Geral aprova, também por consenso, a «Declaração sobre os princípios do direito internacional relativos às relações de amizade e cooperação entre os Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas» (referida daqui em diante por Declaração de 1970)¹⁷. A adopção desta resolução marca uma mudança na posição dos países ocidentais que aí reconhecem no seu conjunto, pela primeira vez¹⁸, que a autodeterminação é um direito dos Povos e não mero princípio programático e a sua negação uma violação da Carta das Nações Unidas. Com efeito, a resolução estipula que «By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples enshrined in the Charter of the United Nations, all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status... subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a violation of the principle, as well as a denial of fundamental human rights, and is contrary to the Charter». Uma primeira consequência desta Declaração é a de tornar internacionais os conflitos emergentes da aplicação do direito à autodeterminação. Com efeito, se o direito à autodeterminação encontra o seu fundamento e é regulado pelo direito internacional e se se considera que a sua violação constitui uma

violação da Carta da ONU, segue-se que ele se encontra excluído do princípio da reserva de jurisdição interna dos Estados¹⁹.

Uma segunda consequência é a proibição do uso da força para negar o direito à autodeterminação e a consequente legitimação da resistência a essa denegação²⁰.

A Declaração de 1970 acaba por, indirectamente, segundo alguns autores²¹, legitimar o uso da força pelos movimentos de libertação desde que exercido contra a negação forçada do direito à autodeterminação, o que é uma maneira hábil de contornar o princípio da proibição do uso da força nas relações internacionais previsto no artigo 2.º, parágrafo 4 da Carta²².

Isto é, desde que fosse utilizada a força para negar o direito à autodeterminação os Povos, que viam assim negado o seu direito, estavam legitimados a reagir — o que, segundo o princípio de proporcionalidade legitimaria o uso da força — e a procurar apoio para a sua causa o que, por seu lado, também internacionaliza o conflito. Uma terceira consequência é o reconhecimento dos movimentos de libertação nacional como sujeitos de direito internacional possuindo o *locus standi* para agir em representação dos Povos que representam, nomeadamente para «procurar e receber apoio» para a sua luta.

Em conclusão, a Declaração de 1970, ao internacionalizar as guerras de libertação nacional, cria assim a base jurídica para a aplicação do direito internacional humanitário a esse tipo de conflitos.

2.2. Aplicabilidade do direito internacional humanitário às guerras de libertação nacional

No que respeita à questão mais específica da aplicação do direito internacional humanitário às lutas de libertação nacional as Nações Unidas vão, desde 1968, igualmente afirmar o princípio da sua aplicabilidade relativamente a certo tipo de conflitos como sejam as guerras coloniais na África portuguesa, na Rodésia e nos territórios árabes ocupados por Israel²³, para em 1973 adoptar uma resolução de carácter geral — a resolução 3103 (XXVIII), de 12-12-73, votada por oitenta e três votos a favor, treze contra (países ocidentais) e dezanove abstenções —, onde se afirma que os conflitos armados envolvendo a luta dos Povos contra dominação colonial ou estrangeira ou regimes racistas são conflitos internacionais para efeitos das Convenções de Genebra de 1949 e que aos combatentes deveria ser dado o estatuto de prisioneiros de guerra depois de afirmar que a luta dos Povos sob dominação colonial ou estrangeira ou regimes racistas é legítima e de acordo com os princípios do direito internacional²⁴.

Sublinhe-se que a Assembleia Geral estende a aplicação do direito humanitário não a qualquer guerra para a realização do direito à autodeterminação mas apenas a três tipos de guerras, a saber: contra

potências coloniais; contra ocupações estrangeiras e contra regimes racistas. Por outro lado, a maioria dos países ocidentais manifesta reservas ou mesmo oposição²⁵ a este entendimento considerando, entre outros argumentos, que o critério encontrado, ao seleccionar certo tipo de guerras, ressuscitaria a velha e ultrapassada noção de «guerra justa» para lhes aplicar o direito humanitário, indo contra o princípio da neutralidade do direito humanitário quanto à justiça ou injustiça das guerras a que se aplica.

2.3. A Conferência Diplomática para a reafirmação e desenvolvimento humanitário (1974-1977)

Uma parte dos países ocidentais só vem a admitir a plena aplicação do direito internacional humanitário a esses três tipos de guerras de libertação nacional na Conferência sobre a reafirmação e desenvolvimento do direito humanitário que se reuniu em Genebra de 1974 a 1977. Esta questão vai dominar os trabalhos da Conferência do primeiro ao último momento²⁶ tendo o acordo sido possível em torno da fórmula contida no parágrafo 4 do artigo 1.º do Protocolo I de 1977, que alarga o âmbito de aplicação das Convenções de 1949 para incluir também «os conflitos armados nos quais os Povos lutam contra a dominação colonial, a ocupação estrangeira e os regimes racistas no exercício do direito dos Povos à auto-determinação, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração relativa aos princípios do direito internacional relativos às relações amigáveis e de cooperação entre os Estados conforme à Carta das Nações Unidas». Quer dizer, são conflitos internacionais, para efeitos de aplicação do direito internacional humanitário, além dos previstos no artigo 2.º, comum às quatro Convenções de 1949, três novos tipos de conflito armado: as lutas contra a dominação colonial, contra ocupação estrangeira e contra os regimes racistas²⁷ quando no exercício do direito à autodeterminação nos termos da Carta e da Declaração de 1970. Quando foi examinado pelo plenário da Conferência em 1977 o artigo 1.º, parágrafo 4, reunia o consenso de todas as delegações, excepto Israel que forçou o voto tendo sido aprovado por oitenta e sete votos a favor, um contra (Israel) e onze abstenções²⁸.

2.4. O direito em vigor

Artigo 1.º, parágrafo 4 do 1 Protocolo como norma costumeira Interpretação actualista das Convenções de 1949

Importa agora determinar qual o valor da disposição contida no parágrafo 4 do artigo 1.º atendendo, nomeadamente, ao facto de que certos Estados ainda não ratificaram o Protocolo²⁹.

Para alguns autores, o Protocolo I de 1977 consagra diversas normas de origem costumeira, entre as quais o artigo 1.º, parágrafo 4, pelo que elas se aplicam independentemente de ratificação³⁰.

Outros entendem que o acordo obtido na Conferência de 1974-1977, não traduz a existência de uma regra costumeira mas deve guiar a interpretação das Convenções de Genebra de 1949³¹, que em consequência, deveriam sofrer uma interpretação actualista³².

Estas deveriam assim ser interpretadas para aí incluir como conflitos internacionais as lutas de libertação nacional enunciadas no artigo 1.º, parágrafo 4 do I Protocolo.

Para que as Convenções se apliquem bastaria assim que os Movimentos de Libertação Nacional aderissem às Convenções³³ ou declarassem aceitar e aplicar as respectivas regras³⁴.

A dificuldade desta teoria reside no facto de que, de acordo com o entendimento tradicional, apenas os Estados poderiam tornar-se parte nas Convenções uma vez que o termo «Potência» se referiria apenas aos Estados³⁵. Porém, contra-argumentam os defensores desta teoria, do que se trata é fazer uma interpretação actualista do termo e não ficarmos agarrados ao seu hipotético sentido original. De resto, no sistema original das Convenções nada impediria uma interpretação mais lata do termo «Potência» para aí incluir outras entidades que não Estados. Com efeito, as Convenções são aplicáveis aos beligerantes uma vez reconhecidos; podem aplicar-se a outras entidades nos termos da parte final do artigo 3.º, comum às quatro Convenções (conflitos internos) e do artigo 4.º A, parágrafo 3 da III Convenção (autoridade ou governo não reconhecido) e, finalmente, tem sido defendido pelo próprio CICV que, por exemplo, as Nações Unidas deveriam considerar-se parte nas Convenções sempre que se envolvem em operações militares³⁶. Esta tese encontra ainda apoio na prática posterior dos Estados, nomeadamente na Convenção sobre certas armas convencionais de 1980³⁷ que prevê no seu artigo 7.º, parágrafo 4 b) a aplicação da Convenção de Genebra de 1949 desde que o Movimento de Libertação Nacional «aceite e aplique as obrigações das Convenções de Genebra», mesmo que o Estado contra o qual ele lute não seja parte do I Protocolo Adicional de 1977.

Os movimentos de libertação nacional poderiam assim tornar aplicável o direito internacional humanitário aos conflitos em que se encontram envolvidos por duas vias: aderindo às Convenções, nos termos dos artigos 60.º, 59.º, 139.º; 155.º, ou utilizar o procedimento *ad hoc* previsto no artigo 2.º, parágrafo 3, comum às quatro Convenções, declarando aceitar e aplicar as suas normas³⁸.

Para Abi-Saab o procedimento *ad hoc* da declaração unilateral determina que «The Conventions become applicable to the war of national liberation, regardless of the acceptance or opposition of the other belligerent, or of any other party to the Conventions for that matter»³⁹.

Seja qual for o ponto de vista que se adopte — que o artigo 1.º, parágrafo 4 do I Protocolo Adicional contém uma norma costumeira aplicável

independentemente de ratificação ou que as normas das Convenções de Genebra de 1949 devem ser interpretadas à luz da evolução recente do direito internacional —, o resultado prático é idêntico, isto é, certo tipo de lutas de libertação nacional são conflitos internacionais aos quais é aplicável o direito internacional humanitário.

Em conclusão, as lutas de libertação nacional conduzidas contra uma dominação colonial, ocupação estrangeira ou regime racista no exercício do direito à autodeterminação são hoje consideradas pela generalidade da doutrina conflitos internacionais. Como tal e a esse título é-lhes em princípio aplicável o direito internacional humanitário devendo as Convenções de 1949 ser interpretadas à luz dessa evolução. Para que, em concreto, o direito internacional humanitário se aplique, e por razões de certeza jurídica, devem os movimentos de libertação aderir às Convenções e Protocolos — embora alguns Estados considerem que tal só é possível para outros Estados — ou declarar que aceitam e aplicam as suas disposições nos termos do artigo 2.º parágrafo 3, comum às quatro Convenções e do artigo 96.º, parágrafo 3 do I Protocolo. Caso o Estado contra o qual o movimento de libertação luta seja parte do Protocolo Adicional I de 1977 este torna-se automaticamente aplicável bem assim como as Convenções de 1949. Caso o Estado contra quem o movimento de libertação nacional luta não seja parte do I Protocolo mas apenas nas Convenções de 1949 aplicar-se-ão, «pelo menos, os princípios fundamentais do direito costumeiro sobre a conduta das hostilidades e protecção das vítimas da guerra aplicáveis nos conflitos interestaduais»⁴⁰.

II. A aplicação do direito internacional humanitário ao caso de Timor-Leste

1. Conflito internacional entre a resistência timorense e a Indonésia

No que diz respeito a Timor-Leste o direito internacional humanitário é susceptível de ser aplicável por duas vias distintas.

A primeira é a que decorre da evolução do direito internacional desde 1949 até hoje e que como vimos considera as guerras de libertação nacional, no exercício do direito à autodeterminação, como conflitos internacionais.

A Indonésia é parte nas Convenções de Genebra de 1949; votou favoravelmente todas as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas que consideravam as guerras de libertação nacional contra a dominação colonial ou estrangeira ou contra os regimes racistas como conflitos armados internacionais e que mandavam aplicar o direito internacional humanitário a esses conflitos, nomeadamente às ex-Colónias portuguesas; votou favoravelmente o artigo 1.º, parágrafo 4 do Protocolo 1 quer no Comité I, em 1974, quer depois na votação final em plenário em

1977, embora aí tenha feito uma reserva no sentido de que os movimentos de libertação nacional deveriam ser reconhecidos pela organização regional respectiva⁴¹ e não tenha assinado nem aderido ao Protocolo.

Apesar de a Indonésia não ter aderido formalmente ao I Protocolo tem de considerar-se que ela deu o seu acordo por sucessivos actos unilaterais à formação do direito contemporâneo nesta matéria de que ela não pode agora desligar-se⁴². A Indonésia poderá pretender — o que de resto sucede ao considerar que o Povo de Timor-Leste já exerceu o seu direito à autodeterminação e de que a resistência timorense visaria obter a secessão do território —, que os requisitos para a aplicação em concreto dessa norma não se verificam no caso de Timor mas não que a norma não exista⁴³. As Nações Unidas afirmaram repetidas vezes que todos os territórios sob administração de Portugal, incluindo Timor-Leste, tinham direito à autodeterminação e que Timor-Leste ainda não exerceu esse direito⁴⁴. Nesses termos e tendo em conta a Declaração de 1970, adoptada por consenso, é legítima⁴⁵ a resistência contra a negação pela força do direito à autodeterminação constituindo o conflito armado daí emergente um conflito internacional para efeitos de aplicação do direito internacional humanitário.

A Indonésia ocupa agora a posição jurídica que foi a de Portugal nos anos 1960 e 1970 e contra o qual se afirmou o novo direito internacional humanitário e o direito à autodeterminação dos Povos coloniais. Toda a argumentação que foi utilizada pela esmagadora maioria da Comunidade internacional, incluindo a própria Indonésia, contra a posição de Portugal e que acabou por se impor como o direito internacional contemporâneo — primeiro na consideração da noção de autodeterminação como um princípio jurídico e a sua aplicação aos Povos colonizados de que os territórios não autónomos são um exemplo, depois pela consideração do carácter internacional dos conflitos resultantes das lutas coloniais com a consequente aplicação do direito internacional humanitário a esse tipo de conflitos —, é hoje oponível à Indonésia quanto à questão de Timor. Apenas se assistiu à substituição da potência colonial.

2. Conflito internacional entre a Indonésia e Portugal

Não tendo a Indonésia aderido ao I Protocolo de 1977 pode argumentar-se que a situação jurídica será controversa e incerta já que a prova da existência e definição do conteúdo de uma regra costumeira é sempre difícil e a correcta interpretação das Convenções de 1949, como interpretação que é, será sempre disputada pelo que não teríamos uma base segura para a aplicação do direito internacional humanitário no caso de Timor-Leste.

Ora, a aplicabilidade do direito internacional humanitário a Timor-Leste pode ainda construir-se de uma segunda maneira.

Portugal e a Indonésia são partes contratantes nas Convenções de Genebra de 1949.

O artigo 2.º, comum às quatro Convenções, dispõe que «Para além das disposições que devem vigorar em tempos de paz, a presente Convenção aplicar-se-á em caso de guerra declarada ou qualquer outro conflito armado que ocorra entre duas ou várias Altas Partes Contratantes, mesmo se o estado de guerra não for reconhecido por uma delas. A Convenção aplicar-se-á também em todo o caso de ocupação de todo ou parte do território de uma Alta Parte Contratante, mesmo se esta ocupação não encontrar nenhuma resistência armada».

As Convenções aplicam-se assim a todo o diferendo que surja entre dois Estados e que provoque a intervenção das forças armadas mesmo se uma das partes contesta a existência do estado de beligerância. A doutrina tem considerado que mesmo que ambos os Estados contestem a existência do estado de guerra as Convenções devem aplicar-se⁴⁶.

Em segundo lugar, as Convenções aplicam-se quando se verificarem casos de ocupação, mesmo que não tenha havido resistência armada à ocupação⁴⁷. Basta que a ocupação não seja consentida⁴⁸. O facto do artigo 2.º, comum às quatro Convenções de Genebra, falar em ocupação de «Território de uma Alta Parte Contratante» poderá suscitar a questão de saber se o Território de Timor Oriental deve, para efeitos de aplicação das Convenções, ser considerado como fazendo parte do Território português ou se o seu especial estatuto de território não autónomo impediria a aplicação das Convenções.

A regra contida na Declaração de 1970, de que o território de uma Colónia ou Território não-autónomo tem, sob a Carta da ONU, um estatuto separado e distinto do território do Estado que o administra não pode ser utilizada pela Indonésia para negar a aplicação das Convenções. A regra da Declaração de 1970 visava justamente responder ao obstáculo que representava o direito interno de muitos países que consideravam as colónias como fazendo parte do território nacional - como era o caso português até 1974 - e, nesses termos, negavam a aplicação das Convenções aos conflitos coloniais porque os consideravam conflitos que decorriam no território nacional, logo conflitos internos. A atribuição de um estatuto especial, distinto das metrópoles, para esses territórios permitia, entre outros objectivos, internacionalizar os conflitos e logo a aplicação das Convenções. Ora, não parece razoável interpretar essa autonomia, que visava a aplicação das Convenções, para negar essa mesma aplicação. De resto, a autonomia dos territórios coloniais não significava ficarem fora da jurisdição das metrópoles. E o exercício dessa jurisdição é condição sine qua non para a adequada protecção e defesa dos seus interesses. Timor é, nos termos do direito internacional, um *território* sujeito à *jurisdição* portuguesa e é isso que é relevante para efeitos do artigo 2.º, parágrafo 2 das Convenções. Interpretação contrária levaria ao argumento absurdo de que a Potência colonial, bem assim como as Potências terceiras, pudessem considerar que não estavam

obrigadas a aplicar e respeitar as Convenções de Genebra nesses territórios pelo facto de eles não pertencerem, em termos de soberania plena, a qualquer das Altas Partes Contratantes constituindo antes uma espécie de «no man's land» onde tudo seria permitido.

O Prof. I. Brownlie, examinando o conceito de Território em direito internacional, afirma: «In a Treaty or statute the term 'territory' may connote jurisdiction. Moreover, courts are very ready to equate 'territory' with the actual and effective exercise of jurisdiction even when it is clear that the State exercising jurisdiction has not been the beneficiary of any lawful and definitive act of disposition... the equation of territory and jurisdiction is theoretically sound... Ultimately territory cannot be distinguished from jurisdiction for certain purposes»⁴⁹.

O Território de Timor, para efeitos da jurisdição aplicável, está submetido à jurisdição portuguesa dada a qualidade de Portugal como Potência Administrante reconhecida pelas Nações Unidas. Portugal responde internacionalmente pelo Território de Timor e quanto a ele as Convenções de Genebra são aí aplicáveis. A Indonésia, ao invadir o território, entrou em conflito com a ordem jurídica portuguesa. Se Portugal tivesse decidido resistir militarmente à invasão não restam dúvidas que um conflito armado nos termos do parágrafo 1 do artigo 2.º se teria desencadeado. Ora, o facto de Portugal ter decidido não resistir militarmente, mas antes levar a questão ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, não altera a aplicabilidade das Convenções nos termos do parágrafo 2 do mesmo artigo que prevê justamente esse tipo de situação de ocupação não consentida embora sem resistência armada.

De resto, se seguíssemos a interpretação de considerar que as Convenções não se aplicavam pelo facto de Timor não ser território português, então consequentemente teríamos de considerar que Portugal não poderia exercer, por exemplo, o direito de legítima defesa que é atribuído pelo artigo 51.º da Carta das Nações Unidas uma vez que o ataque indonésio não teria sido feito contra a sua integridade «territorial», nos termos do artigo 2.º, parágrafo 4 da Carta. E só um ataque desta natureza dá direito à legítima defesa⁵⁰.

A prática internacional, nomeadamente no caso da invasão das Malvinas-Falklands pela Argentina em 1982 e a ocupação dos territórios árabes por Israel em 1967, não deixa de fornecer argumentos que negam tal interpretação.

As Ilhas Malvinas-Falklands são consideradas pelas Nações Unidas um território não-autónomo sob a administração do Reino Unido. A Argentina, fundada em títulos históricos, reivindica, no entanto, a soberania sobre essas Ilhas. O conflito que então deflagrou foi considerado naturalmente um conflito internacional ao qual foi aplicada a integralidade do direito internacional humanitário⁵¹.

Quanto aos territórios árabes ocupados por Israel em 1967 Israel invoca, para não aplicar formalmente a IV Convenção de Genebra, o facto do

estatuto dos territórios antes da ocupação não ser claro para efeitos do artigo 2.º quando se refere à ocupação de «território de uma Alta Parte Contratante»⁵². Israel argumenta que tendo terminado o mandato britânico sob os territórios estes têm um estatuto incerto, o que impediria a aplicação da Convenção por inexistência da «outra Alta Parte Contratante»⁵³. Como vimos, a comunidade internacional e a generalidade da doutrina rejeita a argumentação de Israel e considera aplicável a IV Convenção de Genebra à situação dos territórios árabes ocupados por Israel⁵⁴.

No caso de Timor-Leste tal problema não se põe já que é por todos reconhecido, inclusive pela Indonésia, que o território antes da invasão se encontrava sob a jurisdição portuguesa.

Como afirma A. Roberts, «every time the armed forces of a country are in control of foreign territory, and find themselves face to face with the inhabitants, some or all the provisions of the law on occupations are applicable»⁵⁵. E, noutro passo, «At the heart of almost all treaty provisions and legal writings about occupations is the image of armed forces of a State exercising some kind of coercive control or authority over inhabited territory outside the accepted international frontiers of the State»⁵⁶. Não restam dúvidas de que Timor-Leste é «foreign territory» e não faz parte das «accepted international frontiers» da Indonésia⁵⁷.

Em conclusão, a aplicação das Convenções de Genebra ao caso concreto de Timor-Leste pode ser feita fundamentalmente de duas maneiras. Ou porque sendo luta de libertação nacional é um conflito internacional nos termos do direito internacional moderno, que opõe a resistência timorense à Indonésia; ou porque se considera existir um conflito entre Portugal e Indonésia devendo considerar-se Timor-Leste como território ocupado.

A primeira via é susceptível de maior contestação na medida em que para além das dificuldades da subsumção da situação fáctica ao direito tal com ficou definido é admissível a contestação à própria existência de tal direito por se considerar que o conteúdo da norma constante do artigo 1.º, parágrafo 4 do I Protocolo de 1977 é meramente convencional e que as Convenções de 1949 não podem ser objecto de interpretação actualista. Enquanto que se seguirmos a segunda via estas dificuldades não se verificam.

Por outro lado, o seguirmos uma ou outra via não é indiferente para o enquadramento jurídico das situações materiais como veremos.

Importa sublinhar que os requisitos de aplicabilidade das Convenções de Genebra de 1949 se encontram estipulados no artigo 2.º, comum às quatro Convenções, pelo que se para dado conflito se conclui pela aplicabilidade de uma Convenção pode considerar-se que as outras também o são desde que se verifique a situação de facto que elas regulam.

III. Direitos e obrigações para as partes no conflito

1. População civil, territórios ocupados e combatentes

A questão que cabe agora examinar é quais são os direitos e obrigações que o direito internacional humanitário concede às situações decorrentes de lutas de libertação nacional ou de ocupação de Território. Convirá recordar aqui a existência no âmbito do direito internacional humanitário daquilo que a doutrina designa pelo «princípio da distinção», isto é, a distinção entre população civil e combatentes. O regime jurídico, os direitos e deveres são distintos quando se trata de um simples civil, de alguma forma afectado pelo conflito, ou de um combatente que toma parte activa no conflito armado. No primeiro caso é a IV Convenção que se aplica enquanto que no segundo é, como regra geral, a III Convenção.

O artigo 4.º da III Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra define quem pode ser considerado prisioneiro de guerra — membros das forças armadas e equiparados — e em consequência usufruir da sua protecção.

Do mesmo modo, o artigo 4.º da IV Convenção relativa à protecção da população civil define que são protegidas «as pessoas que, a qualquer momento e de qualquer maneira, se encontrem, em caso de conflito ou ocupação, em poder de uma Parte no conflito ou dum Poder ocupante de que essas pessoas não têm a nacionalidade».

Segundo este artigo, são no entanto excluídas da protecção as pessoas protegidas pelas outras Convenções, isto é, fundamentalmente, os prisioneiros de guerra.

1.1. População civil

Os direitos e deveres da população civil em caso de conflito armado constam, como vimos, da IV Convenção a qual contém também uma secção especialmente dedicada à questão dos territórios ocupados. A regra geral a reter é a de que a população civil não pode participar nas hostilidades⁵⁸. Em contrapartida, a Convenção protege-a, na medida do possível, contra os efeitos da guerra. Nesse sentido, a Convenção prevê um conjunto de medidas de protecção da população civil que vão desde a criação de zonas sanitárias e de segurança (artigo 14.º) ou de zonas neutralizadas (artigo 15.º) à especial protecção e evacuação dos feridos e doentes, à protecção dos hospitais (artigos 16.º a 20.º), à proibição da tortura ou coacção física (artigos 31.º e 32.º), da aplicação de penas colectivas, da pilhagem ou das represálias (artigo 33.º) ou à tomada de reféns (artigo 34.º). De realçar o artigo 31.º - que se aplica quer nos territórios das partes no conflito quer nos territórios ocupados - que

estipula que «nenhuma coacção de ordem física ou moral pode ser exercida contra as pessoas protegidas nomeadamente para obter delas, ou de terceiros, informações».

1.2. Territórios ocupados

A IV Convenção dedica a secção III da parte III (artigos 47.º a 78.º) à situação especial dos territórios ocupados.

Podemos dizer que o regime geral da ocupação visa, por um lado, a manutenção do *status quo* ante devendo o Poder ocupante assegurar, na medida do possível, a continuação da vida económica e social do território⁵⁹; por outro lado, a protecção das necessidades de segurança do Poder ocupante⁶⁰.

Existe, naturalmente, uma tensão entre o dever de manter o *status quo* e as necessidades militares do Poder ocupante.

Assim, por exemplo, o ocupante não pode alterar o estatuto dos funcionários públicos e dos juízes (artigo 54.º), deve manter em vigor as leis penais e em funcionamento os tribunais anteriores à ocupação (artigo 64.º); mas pode promulgar as leis - penais ou outras - necessárias ao cumprimento da própria Convenção, ou necessárias à manutenção da sua segurança e dos membros das suas forças armadas e à administração do território ocupado (artigo 64.º). Sublinhe-se, no entanto, que na aplicação da Lei os tribunais «deverão ter em consideração o facto de que o acusado não tem a nacionalidade do Poder ocupante (artigo 67.º).

O Poder ocupante não pode transferir ou deportar os civis para fora do território ocupado, bem assim como não pode transferir ou deportar parte da sua própria população civil para o território que ocupa (artigo 49.º). Os direitos da população civil em território ocupado não são afectados pela possível anexação do território - de resto proibida pelo direito internacional - ou qualquer acordo quer com as autoridades locais (artigo 47.º) quer com qualquer outra parte contratante (artigo 7.º)⁶¹, e os direitos das pessoas civis são irrenunciáveis (artigo 8.º).

Para a protecção da segurança das forças de ocupação a Convenção determina que os civis que nos territórios ocupados cometam ofensas «com o único objectivo de prejudicar a potência ocupante» podem ser sujeitas a internamento ou prisão (artigo 68.º). Se porém essas ofensas se traduzirem em espionagem, actos graves de sabotagem contra instalações militares ou se traduzirem na morte de uma ou mais pessoas podem os culpados ser condenados à morte desde que esse tipo de ofensas fossem puníveis com a mesma pena pelas leis em vigor antes da ocupação (artigo 68.º). Em qualquer caso, são competentes os tribunais militares «sediados no país ocupado» para aplicar as leis penais editadas pelo Poder ocupante (artigos 64.º e 66.º).

Como vimos, as noções de nacionalidade e de território ocupado são de grande relevância para a protecção da população civil já que a protecção é

concedida às não nacionais (artigo 4.º) e tem por campo de aplicação por excelência os territórios ocupados. Esta estrutura necessita de adaptações para se aplicar aos casos típicos de lutas de libertação nacional contra o domínio colonial clássico já que em muitos casos, como era o português, os residentes das Colónias são considerados nacionais e o território colonial parte integrante do território nacional e não um território sob *occupatio bellica*. A doutrina, no entanto, considera que estas dificuldades são ultrapassáveis se se interpretar a negação pela força do direito à autodeterminação como uma situação de ocupação e se se atender ao facto de que em direito internacional os territórios coloniais têm nos termos da Carta da ONU e nos termos da Declaração de 1970 um estatuto separado e distinto do território que o administra⁶².

No caso particular de Timor estas dificuldades não existem já que o Território não faz nem nunca fez parte do território indonésio e os habitantes de Timor não são nacionais da Indonésia.

1.3. Combatentes: Estatuto e direitos dos prisioneiros de guerra

Quanto aos combatentes o regime jurídico aplicável é o da III Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra.

A regra aqui é a de que o combatente, desde que para tal esteja qualificado, caído nas mãos do inimigo não pode ser julgado pelos motivos da sua luta ou pelos actos que cometeu — nisto consiste a imunidade que o seu estatuto de prisioneiro de guerra lhe dá —, a menos que tenha violado as leis da guerra quanto à conduta das hostilidades. Nos termos do artigo 4.º da III Convenção consideram-se prisioneiras de guerra, entre outras, as pessoas que, pertencendo a uma das seguintes categorias, caíam em poder da parte adversa:

- 1) Os membros das forças armadas regulares de uma Parte no conflito, incluindo aí as milícias ou corpos voluntários que façam parte das forças armadas (artigo 4.º A, parágrafo 1);
- 2) As milícias, corpos voluntários e membros dos movimentos de resistência organizada que hajam dentro ou fora do seu próprio território mesmo que este esteja ocupado, desde que esses movimentos, para além de pertencerem a uma parte do conflito obedeçam às quatro condições clássicas⁶³ características dos combatentes, isto é: i) serem comandadas por uma pessoa responsável pelos seus subordinados; ii) possuírem um sinal que os distinga à distância; iii) exibirem publicamente as suas armas; i v) respeitarem as leis e costumes da guerra nas suas operações (artigo 4.º A, parágrafo 2).

Esta disposição seria aplicável ao caso de Timor se Portugal reconhecesse que a resistência timorense pertence ou está vinculada a Portugal⁶⁴;

3) Os membros das forças armadas regulares que se reclamem de um Governo ou de uma autoridade não reconhecidos pelo Poder detentor (artigo 4.º A, parágrafo 3)⁶⁵.

Faltando o reconhecimento, por parte de Portugal, referido anteriormente a resistência timorense encontrar-se-ia abrangida por este parágrafo. E isto quer as consideremos como as forças armadas regulares de um Governo, que de resto foi declarado e reconhecido por alguns países⁶⁶; quer como as forças armadas de um movimento de libertação nacional, isto é, uma «autoridade» não reconhecida pelo poder detentor⁶⁷. Neste caso, a resistência timorense deve, como vimos, declarar aceitar e aplicar o direito humanitário nos termos do artigo 2.º, parágrafo 3⁶⁸, sendo para esse efeito equiparada a «Poder» e o Povo de Timor parte do conflito no exercício do seu direito à autodeterminação devendo ainda os guerrilheiros, na medida do possível, comportar-se como membros de «forças armadas regulares» distinguindo-se da população civil⁶⁹.

Apesar da Indonésia não ter aderido ao I Protocolo Adicional de 1977, será interessante referir, de forma resumida, o modo como ele concebe a aplicação do direito internacional humanitário à guerra de guerrilha típica das guerras de libertação nacional. O Protocolo define nos seus artigos 43.º e 44.º o conceito de forças armadas e determina quem pode ser considerado combatente e prisioneiro de guerra. O artigo 43.º, parágrafo 1, diz: «The armed forces of a Party to a conflict consist of all organized armed forces, groups and units which are under a command responsible to that Party for the conduct of its subordinates, even if that Party is represented by a government or an authority not recognized by an adverse Party. Such armed forces shall be subject to an internal disciplinary system which, inter alia, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict».

Por seu lado, o artigo 44.º, parágrafo 3, tenta resolver a complexa questão da distinção entre população civil e combatentes no contexto da guerra de guerrilhas típicas das guerras de libertação nacional. Assim, depois de estabelecer o princípio de que os combatentes são obrigados a distinguir-se da população civil diz: «Recognizing however, that there are situations in armed conflicts where, owing to the nature of the hostilities an armed combatant cannot so distinguish himself, he shall retain his status as a combatant, provided that, in such situations, he carries his arms openly: a) during each military engagement, and b) during such time as he is visible to the adversary while he is engaged in a military deployment preceding the launching of an attack in which he is to participate».

Foi fundamentalmente a garantia de que os movimentos de libertação nacional estavam obrigados a respeitar, pelo seu lado, as regras do direito internacional humanitário e de que os membros da resistência armada, apesar das condições da guerrilha, estão obrigados a distinguir-se da população civil, que permitiu o consenso final aquando da adopção do I Protocolo em 1977⁷⁰.

A entrada em vigor do Protocolo I, enquanto direito convencional, está de resto dependente duma declaração por parte do movimento de libertação de que aceita e se obriga a aplicar as Convenções e o Protocolo⁷¹. É óbvio que esta declaração só faz sentido quando a outra parte aderiu ou ratificou o Protocolo, o que não sucede com a Indonésia. Assim, só serão aplicáveis ao conflito em Timor, além das normas contidas nas Convenções de Genebra de 1949, as normas do Protocolo que contenham regras de direito costumeiro e enquanto direito costumeiro.

Nos termos do artigo 17.º da III Convenção, o prisioneiro de guerra é obrigado apenas a declarar o seu nome completo, a sua posição nas forças armadas, data, nascimento e número de matrícula, estando proibido o uso de qualquer tortura física ou moral ou qualquer outra forma de pressão para obter qualquer tipo de informações. O prisioneiro de guerra que se recuse a responder não pode de modo algum ser prejudicado por esse facto.

Os prisioneiros de guerra podem no entanto ser transferidos mesmo para fora do território do Poder de detenção mas nesse caso o país que os receba tem de ser parte da Convenção (artigo 12.º)⁷². Os prisioneiros de guerra ficam submetidos às leis aplicáveis às forças armadas do Poder de detenção e ao direito internacional (artigos 82.º, 87.º e 99.º); só podem ser julgados em princípio por um tribunal militar (artigo 84.º); e devem cumprir as suas penas nos mesmos estabelecimentos e nas mesmas condições que os membros das forças armadas do Poder de detenção (artigos 88.º e 108.º). As acusações por actos cometidos antes da captura não retiram ao prisioneiro de guerra essa qualidade (artigo 85.º). Quer dizer que se ele for condenado por ter violado as leis da guerra continua a beneficiar do estatuto de prisioneiro de guerra. Note-se que um combatente só pode ser condenado por ter violado as leis da guerra se a legislação do país detentor condenar essa violação em relação a um membro das suas próprias forças armadas estando assim proibida a discriminação entre crimes cometidos pelas forças inimigas e aqueles cometidos pelas próprias forças militares (artigo 82.º). Os prisioneiros de guerra têm direito à visita do CICV (artigos 10.º e 126.º)⁷³.

Tem-se considerado que o respeito à pessoa e honra do prisioneiro (artigo 14.º) e a protecção contra os insultos e a curiosidade pública implica que o prisioneiro não pode ser filmado e mostrado na televisão para efeitos nomeadamente de propaganda⁷⁴.

De igual modo, é interdita a utilização forçada dos prisioneiros de guerra nas operações de combate contra os seus antigos companheiros. Tal colide não apenas contra a sua honra e dignidade (artigo 14.º) como é proibido pelo artigo 23.º que determina que «nenhum prisioneiro poderá, em qualquer caso, ser enviado ou retido numa região onde ele será exposto ao fogo da zona de combate, nem ser utilizado para manter pela sua presença certos pontos ou regiões ao abrigo de operações militares»

e pelo artigo 50.º, que não admite que os prisioneiros de guerra executem trabalhos relacionados com as actividades militares⁷⁵. Certas práticas indonésias de utilização de antigos guerrilheiros nas operações contra os seus antigos camaradas violam claramente o direito internacional humanitário. A pretensão de que esses guerrilheiros agiriam de livre vontade é de afastar dado encontrarem-se nas mãos do inimigo o que impossibilita, em princípio, a manifestação livre das suas vontades. E por essa razão que as Convenções de Genebra de 1949 estipulam que os prisioneiros de guerra e outras pessoas protegidas «não podem em caso algum renunciar parcial ou totalmente aos direitos previstos na Convenção».

IV. A situação de Xanana Gusmão

Quanto ao caso específico de Xanana Gusmão tem sido referido que ele deveria beneficiar da protecção concedida pela IV Convenção relativa à protecção das pessoas civis⁷⁶. Não há dúvida de que é essa a Convenção a aplicar àqueles que em Timor-Leste resistem ao ocupante por meios pacíficos. A questão que importa determinar é a de se é juridicamente adequado ou desejável aplicar a IV Convenção também aos membros da resistência armada em Timor-Leste. A resposta adivinha-se de tudo quanto ficou exposto. Não parece correcto considerar os membros da resistência armada como «pessoas protegidas» nos termos do artigo 4.º da IV Convenção porque tendo participado nas hostilidades, e sendo capturados nesse contexto, a sua condição enquadra-se antes na figura do combatente com direito ao estatuto de prisioneiro de guerra.

Mas a qualificação como «população civil» dos membros da resistência armada é sobretudo desaconselhável. Se fosse esse o estatuto a atribuir a Xanana Gusmão e dadas as acusações que lhe são dirigidas poderia, legalmente, ser objecto de pesadíssimas penas. Os direitos atribuídos à população civil nos territórios ocupados têm como contrapartida o seu não envolvimento em acções violentas contra as forças do ocupante. Caso contrário, os seus direitos são drasticamente reduzidos⁷⁷.

O Poder ocupante pode, como vimos, publicar e aplicar leis no território ocupado visando nomeadamente a sua segurança (artigos 64.º e 65.º) e julgar as pessoas responsáveis por essas infracções em tribunais militares (artigo 66.º) podendo inclusive aplicar a pena de morte mediante determinadas condições — crime de sabotagem, espionagem ou de actos que tenham causado a morte de uma ou mais pessoas caso tal pena fosse prevista para o mesmo tipo de crime pela legislação em vigor à data da ocupação (artigo 68.º).

As acusações contra Xanana e os actos por ele assumidos — caso fosse considerado como fazendo parte da população civil —, seriam suficientes para a aplicação de pesadas penas. A pena de morte não poderia, no

entanto, ser-lhe aplicável dado que não estava prevista na legislação portuguesa em vigor em Timor à data da ocupação.

Xanana Gusmão não é claramente um civil em território ocupado mas sim o líder das forças armadas da resistência. Como tal se afirma e como tal é reconhecido, incluindo a própria Indonésia, que pela voz do ministro dos Negócios Estrangeiros, Ali Alatas, disse recentemente que «ele era um guerrilheiro e nós reconhecemo-lo como tal — lutou numa guerra sombria nas montanhas de Timor-Leste»⁷⁸.

O seu estatuto não pode ser outro senão o de um prisioneiro de guerra e só essa qualificação garante a sua adequada protecção pelo direito internacional humanitário, isto é, a imunidade pelas acções cometidas enquanto líder da resistência armada. Como tal não pode ser julgado pelos motivos da sua luta nem pelas acções praticadas não podendo a Indonésia acusá-lo e julgá-lo por rebelião, tentativa de derrubar o governo, separatismo ou outro argumento⁷⁹. A única acusação a que Xanana poderia responder seria a relativa a uma possível violação das leis relativas à conduta da guerra, por exemplo: utilização de armas proibidas, ataques indiscriminados contra objectivos civis, tortura e execução de eventuais prisioneiros de guerra, etc. Isto é, de violações do chamado *jus in bello*.

Em contrapartida, pode ser transferido do território ocupado e mesmo enviado para terceiro país desde que este seja parte da III Convenção de Genebra (artigo 12.º).

V. Aplicação, controlo e punição das violações do direito internacional humanitário

Poderá argumentar-se que a protecção concedida aos movimentos de libertação nacional é meramente teórica já que o acordo sobre o direito em vigor ou sobre a sua concreta aplicação não será fácil de obter, nomeadamente pela parte contra quem esses movimentos lutam. A isso acresce a inexistência em direito internacional de mecanismo de controlo obrigatório que estabelecesse qual o direito aplicável e garantisse a sua observância⁸⁰. Tal situação não é no entanto exclusiva do direito internacional humanitário mas antes uma característica do direito internacional actual⁸¹.

As regras internacionais têm frequentemente uma significação que transcende a sua força jurídica, o que explica o facto dos Estados estarem tão disponíveis para as adoptar, apesar da sua frequente fraca efectividade. Para além deste valor «retórico» elas permitem denunciar com mais eficácia a conduta dos Estados que não as respeitam⁸².

Assim, não deixará de ter um impacto importante o saber-se que violações do direito internacional humanitário estão a ser cometidas, que essas violações, quando graves⁸³, constituem um crime internacional⁸⁴ que não prescreve⁸⁵, e que a competência em matéria penal pelas violações graves

é universal⁸⁶, pelo que um terceiro país poderá vir a julgar e condenar os responsáveis pelas violações graves desde que os seus autores se venham a encontrar na sua área de jurisdição⁸⁷.

Aqueles que são individualmente responsáveis pela prática de crimes de guerra não serão insensíveis ao facto de que a protecção que o Estado presentemente lhes dá pode não estar garantida no futuro nem pelo instrumento jurídico das amnistias⁸⁸.

Mas a relevância do direito internacional humanitário não se esgota nas partes directamente envolvidas no conflito. Pela sua própria natureza ele interessa a toda a comunidade internacional. E por isso que o artigo 1.º, comum às Convenções de Genebra de 1949, diz que «as Partes Contratantes comprometem-se a respeitar e a *fazer respeitar* a presente Convenção em todas as circunstâncias» (sublinhado meu)⁸⁹.

A posição que terceiros países e finalmente a comunidade internacional tome num determinado conflito é muitas vezes decisiva não apenas para o seu desenvolvimento como para o seu desfecho⁹⁰. A criação recente, por decisão do Conselho de Segurança da ONU, do tribunal internacional para julgar as pessoas responsáveis de sérias violações do direito internacional humanitário cometidas na ex-Jugoslávia⁹¹ e a anunciada decisão de idêntico tribunal para os crimes cometidos no Ruanda significam que a comunidade internacional tolera cada vez menos a impunidade deste tipo de crimes. A isto deve acrescentar-se que a Assembleia Geral da ONU deverá examinar, em 1994, o Projecto de Estatuto de um Tribunal Criminal Internacional que a Comissão de Direito Internacional preparou. Segundo esse projecto, o tribunal terá competência para julgar, entre outros, os crimes resultantes de violações das Convenções de Genebra de 1949 e do 1 Protocolo Adicional de 1977. Refira-se, para terminar, que a doutrina tem apresentado o caso de Timor-Leste como um exemplo de situação de ocupação e de conflito internacional em que o direito internacional humanitário é aplicável⁹².

NOTAS

¹ Fundamentalmente as quatro Convenções de Genebra de 1949, a saber, Convenção para o melhoramento da sorte dos feridos e doentes das forças armadas em terra (I Convenção); Convenção para o melhoramento da sorte dos feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar (II Convenção); Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra (III Convenção) e Convenção relativa à protecção das pessoas civis em tempo de guerra (IV Convenção), todas assinadas em 12 de Agosto de 1949. A quase totalidade dos países (cento e oitenta e cinco em 13-10-1993) é hoje parte nestas Convenções que, de resto, consagram em larga medida normas de valor consuetudinário. Importa ainda referir os dois Protocolos Adicionais (às Convenções de Genebra de 1949) adoptados em 1977: O Protocolo adicional relativo à protecção das vítimas dos conflitos armados internacionais (1 Protocolo) e o Protocolo adicional relativo à protecção das vítimas dos conflitos armados não internacionais (II Protocolo).

² Essencialmente os Regulamentos anexos à II e IV Convenções de Haia de 1899 e 1907, respectivamente. Note-se que existem outros instrumentos internacionais (avulsos) que proíbem o uso de certo tipo de armas. Por outro lado, o I Protocolo Adicional de 1977 contém quer regras do direito de Genebra quer do direito de Haia pelo que alguns autores consideram que essa distinção entre direito de Genebra e de Haia se encontra ultrapassada, cf. M. Veuthey, *Guérilla et droit humanitaire*, Genève, CICR, 1983, p. 5.

³ O uso da expressão «direito internacional humanitário» em vez da clássica expressão «direito da guerra» só começou a expandir-se com a realização, entre 1974-1977, da Conferência internacional que adoptou os dois protocolos adicionais. O título oficial da referida Conferência foi «Conferência Diplomática para a reafirmação e desenvolvimento do *direito* humanitário aplicável aos conflitos armados» (sublinhado meu).

⁴ Como sugestivamente refere o artigo 2.º, comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, o direito internacional humanitário aplica-se «in addition» às normas que se devem aplicar em tempos de paz. A verdade é que em situações de conflito armado as regras do direito internacional relativas aos direitos do homem admitem derrogações embora exista um núcleo inderrogável de normas - cf. o artigo 4.º do Pacto Internacional relativo aos direitos Civis e Políticos onde se prevê a existência de normas não derogáveis em situações de emergência. Dada a interpenetração de normas, alguns autores preferem contrapor uma definição de direito humanitário em sentido lato - onde se incluiria o direito da guerra e os direitos do homem - a uma definição estrita de direito humanitário que incluiria apenas o direito da guerra. Ver M. Veuthey, *op. cit.*, pp. 4-5 e 348. Ver por todos, A. Eide, «The Laws of War and Human Rights - Differences and Convergences», *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Christophe Swinarski (ed.), Genève, CICR, 1984, pp. 675-697. A. Eide, depois de estabelecer as diferenças entre estes dois grupos de normas, quanto à sua origem e campo de aplicação, conclui pela verificação actual de uma convergência quer ao nível conceptual (as normas do direito da guerra recorrem cada vez mais ao conceito de «direitos» em vez de conceito original de «pessoas protegidas») quer quanto ao campo de aplicação (o direito da guerra aplica-se hoje a qualquer conflito armado internacional, independentemente de declaração de guerra, bem assim como a certas situações de ocupação sem conflito armado e mesmo de conflitos internos).

⁵ «La définition des champs d'applications des divers instruments du droit humanitaire est absolument fondamentale, une question de vie ou de mort pour les personnes concernées: entre les bandits de grands chemins abbatus au coin d'une rue ou d'un bois, et le prisonnier qui se rend avec les honneurs de la guerre, il y a plus qu'une nuance de style», Michel Veuthey, *op. cit.*, p. XXIV.

⁶ Refira-se que o reconhecimento do estado de beligerância transforma o conflito interno em internacional com todas as consequências daí decorrentes. Mas muito poucas vezes o Estado se revelou disponível para atribuir o estatuto de beligerância aos rebeldes que contra ele lutavam - e só este reconhecimento produz, em princípio, aqueles efeitos - preferindo considerar tal conflito assunto interno para melhor o poder dominar. O reconhecimento do estado de beligerância por parte de um Estado terceiro é relevante nas relações entre esse Estado e as partes no conflito mas, como *res inter altos acta*, não implica, por si só, uma alteração na natureza do conflito. Por outro lado, tal reconhecimento pode ser considerado como uma ingerência indevida nos assuntos internos do

outro Estado, nomeadamente se se considerar que esse reconhecimento foi prematuro. Tradicionalmente, exigia-se, para que tal reconhecimento não implicasse ingerência indevida, que os rebeldes controlassem efectivamente uma parte do território, dispusessem de um governo regular e de um exército organizado que respeitasse as leis e os costumes da guerra. Recentemente, o movimento Zapatista no México exigia como pré-condição para as negociações o ser reconhecido como beligerante. Deste modo, o conflito assumiria um carácter Internacional os actos cometidos pelos rebeldes ficariam sob a alçada do direito internacional humanitário não do direito penal mexicano. Na Declaración de la Selva Lacandona, emitida dos balcões do Palácio Municipal da cidade de San Cristóbal de las Casas, o Exército Zapatista de Libertação Nacional proclama: «Nosotros declaramos ahora y siempre que estamos sujetos a lo estipulado por las Leyes sobre la guerra de la Convención de Ginebra, formando el EZLN como 'fuerza beligerante' de nuestra lucha de liberación». Ver Comisión Internacional de Juristas, *México, Rebelión Indígena en Chiapas*, Ginebra, Fevereiro 1994. Ver sobre o problema do reconhecimento dos beligerantes, Ch. Zorgbibe, *A Guerra Civil* (tradução), Lisboa, Europa-América, 1977, em especial pp. 167 e segs.

⁷ G. Abi-Saab, «Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols», *Recueil des Cours de l'Académie du Droit International*, 1979, IV, p. 367.

⁸ Será no entanto interessante notar que se em 1949 era esta a posição das Potências Ocidentais e da Comunidade Internacional, nem sempre assim foi. Recorde-se a «activa» posição da França durante a guerra da Independência da América (colónia inglesa); a posição da Santa Aliança face aos conflitos internos nos Estados Europeus; a doutrina Monroe e as guerras da independência das colónias espanholas da América Latina no século XIX ou a «interferência» na destruição do Império Otomano por parte das potências ocidentais, nomeadamente a posição do Reino Unido, França e Rússia na Independência da Grécia em 1820.

⁹ Abi-Saab, op. cit., p. 368. Ver J. Pictet (ed.), *Commentaire III, La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, CICR, 1958, p. 37.

¹⁰ A proposta do CICV, que de resto resultava dos trabalhos preparatórios no âmbito do Movimento Internacional da Cruz Vermelha, fazia desaparecer, na prática, a tradicional distinção entre conflitos internos e internacionais para efeitos de aplicação do direito humanitário. Na Conferência Diplomática numerosos Estados opuseram-se considerando que «à force de chercher à protéger les individus, on risque d'oublier la protection, non moins légitime, de l'Etat. En demandant au Gouvernement d'un Etat en proie aux troubles intérieurs d'appliquer toutes les dispositions d'une Convention prévue essentiellement pour le cas de guerre, on tiendrait à conférer à ses adversaires, ne fussent-ils qu'une poignée de rebelles, voire vulgaires bandits, la qualité de belligérants, peut-être même une certaine reconnaissance légale; on risquerait aussi d'encourager des criminels de droit commun à se donner un semblant d'organisation pour invoquer le bénéfice des Conventions et tenter d'échapper ainsi au juste châtement de leurs forfaits, présentés comme 'actes de guerre'», J. Pictet (ed.), *Commentaire III*, p. 38.

¹¹ Pode dizer-se que esta solução traduz um desenvolvimento da chamada cláusula Martens inserida na II Convenção de Haia de 1899 por sugestão do delegado russo De Martens e que dizia: «nos casos não incluídos no Regulamento... as populações e os beligerantes ficam debaixo da protecção e

império dos princípios do direito internacional, como resultam dos costumes estabelecidos entre as Nações civilizadas, das leis da humanidade e os requisitos da consciência pública». As Grandes Potências desejavam conceder protecção apenas às pessoas que fizessem parte dos exércitos regulares. Os pequenos países, recordados das experiências das guerras napoleónicas, desejavam uma protecção mais ampla para movimentos populares de resistência. O compromisso traduziu-se, para além da inserção da cláusula Martens, na atribuição de protecção às milícias e corpos voluntários desde que devidamente organizados e aos levantamentos em massa que se registem antes da ocupação territorial. Mas não se abrangia por exemplo, a resistência que se viesse a verificar após a ocupação.

¹² Artigo 73.º da Carta da ONU.

¹³ *Ibid.*, artigo 76.º b.

¹⁴ Sobre o problema da descolonização e as Nações Unidas, ver M. Virally, «Droit international et décolonisation devant les Nations Unies», *Le droit international en devenir*, Genève, IUHEI, 1990, pp. 325-354.

¹⁵ Ver, por todos, o comentário ao artigo 1.º, parágrafo 2 da Carta da ONU de A. Cassese, *La Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, J.-P. Cot e A. Pellet (ed.), Paris, Economica, 1991 (2.ª ed.), pp. 39-55.

¹⁶ Curiosamente, no dia seguinte, 15-12-1960, a Assembleia Geral adopta duas resoluções com relevância directa para Portugal. A resolução 1541, pela qual a Assembleia Geral define o que é um «território não-autónomo» e de quais os princípios que devem reger os membros das Nações Unidas quanto à obrigação de transmitir informação nos termos do artigo 73.º da Carta e a resolução 1542, pela qual as «Províncias Ultramarinas» portuguesas são consideradas «territórios não-autónomos» nos termos do Capítulo XI da Carta. Recorde-se que Portugal não se considerava vinculado a transmitir a informação solicitada no artigo 73.º por considerar que as «Províncias Ultramarinas» não eram territórios não-autónomos mas antes parte integrante do território nacional pelo que qualquer intervenção das Nações Unidas nessa matéria seria uma ingerência nos assuntos internos de Portugal proibida pelo artigo 2.º, parágrafo 7 da Carta.

¹⁷ Autores como Abi-Saab consideram que esta Declaração pode ser tecnicamente considerada como uma «interpretação autêntica» da Carta das Nações Unidas, *op. cit.*, p. 379.

¹⁸ Em 16-12-1966 a Assembleia Geral tinha adoptado os dois Pactos relativos aos direitos Económicos Sociais e Culturais e aos direitos Cívicos e Políticos os quais estipulam no artigo 1.º, comum aos dois Pactos, que «Todos os Povos têm direito à autodeterminação». Porém, tais pactos só entraram em vigor em 1976. Refira-se que a I Conferência Mundial dos Direitos do Homem, reunida em Teerão em 1968, considerou que os Pactos e a Declaração sobre a concessão da Independência (resolução 1514), entre outros instrumentos internacionais, «estabeleceram normas e obrigações novas com as quais todas as Nações se deveriam conformar» (parágrafo 3 da Proclamação).

¹⁹ A internacionalização é ainda reforçada pela disposição contida na Declaração segundo a qual «The territory of a colony or other Non-Self-Governing Territory has, under the Charter, a status separate and distinct from the territory of the State administering it». A Declaração contém, no entanto, uma disposição que restringe a amplitude do direito à autodeterminação, não permitindo *que ele* possa ser utilizado para legitimar movimentos rebeldes, em particular no contexto duma guerra de secessão. Com efeito, a Declaração de 1970 estipula que «Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or

encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour».

²⁰ A resolução 1514 (XV) de 1960 proibia o recurso à força para negar o direito à autodeterminação mas era omissa quanto à legitimidade da luta dos Povos para o exercício do direito à autodeterminação. De notar que a resolução 2107 (XX), de 21-12-1965, sobre os territórios administrados por Portugal já «reafirma» no parágrafo 1 a «legitimidade da luta que (as Populações dos territórios administrados por Portugal) desenvolvem para obter os direitos enunciados na Carta e na Declaração sobre a concessão da independência aos Países e Povos coloniais». Mas é a Declaração de 1970 que estabelece, de forma genérica, o princípio da legitimidade da resistência à opressão colonial ao estabelecer que «Every State has the duty to refrain from any forcible action which deprives peoples... of their right to self-determination and freedom and independence. In their actions against, and resistance to, such forcible action in pursuit of the exercise of their right to self-determination, such peoples are entitled to seek and to receive support in accordance with the purposes and principles of the Charter» (sublinhado meu).

²¹ Abi-Saab, op. cit., pp. 372 e 373.

²² Foram avançadas, fundamentalmente, duas teorias para legitimar o uso da força por parte dos movimentos de libertação em face da proibição do «recurso à ameaça ou ao uso da força» nas relações internacionais constante do artigo 2.º, parágrafo 4 da Carta. A teoria afro-asiática avançada pela Índia aquando dos acontecimentos de Goa de 1961 legitima o recurso ao uso da força no princípio da legítima defesa, considerando que o colonialismo é uma agressão permanente à comunidade internacional ao qual corresponde o exercício da legítima defesa que pode ser colectiva nos termos do artigo 51.º da Carta. A tese soviética, por seu lado, considerava que o artigo 1.º, parágrafo 2 da Carta ao consagrar o direito à autodeterminação constituiria uma excepção derogatória da proibição constante do artigo 2.º, parágrafo 4. Ver Abi-Saab, op. cit., pp. 372 e 373. Curiosamente, os países ocidentais que inicialmente se opuseram a estas teses acabam por vir a adoptar, nos anos 1980, ponto de vista idêntico para justificar, nomeadamente, o apoio à resistência afegã após a invasão soviética ou o apoio aos *contra* na Nicarágua. Neste último caso, o Tribunal Internacional de Justiça recusou o argumento de «legítima defesa colectiva» apresentado pelos Estados Unidos para justificar o seu apoio aos *contra* e a países vizinhos da Nicarágua. Cf. ICJ, Reports, 1986 (Nicarágua c. EUA, merits), pp. 102 e segs. e 120 e segs. Ver também Rosalyn Higney, «International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. General Course on Public International Law», Recueil des Cours de l'Académie du Droit International, 1991, V, pp. 318 e segs. e H. A. Wilson, International Law and the use of force by National Liberation Movements, Oxford, Clarendon Press, 1990.

²³ Na Conferência Internacional dos Direitos do Homem, realizada em Teerão em 1968, são aprovadas três resoluções que revelam as hesitações existentes na época sobre a matéria. A resolução IV sobre o «Tratamento dos adversários dos regimes racistas», preconiza a aplicação das «regras mínimas» de protecção consagradas nas Convenções de Genebra de 1949 àqueles que se opõem aos regimes racistas na África Austral. Deduz-se que se tem em vista o artigo 3.º,

comum às quatro Convenções, aplicável aos conflitos não internacionais. A resolução VIII, relativa à «Importância do respeito do direito à autodeterminação para a garantia dos direitos do homem...», «condena todos os regimes coloniais, em particular o português» e reconhece o «direito dos combatentes da liberdade» a serem tratados como prisioneiros de guerra. Finalmente, a resolução XXIII, de carácter mais geral, sobre «O respeito dos direitos do Homem em período de conflito armado» reconhece que as Convenções de Genebra de 1949 «não têm um alcance suficientemente amplo para se aplicar a todos os conflitos armados» e pede à Assembleia Geral que convide o Secretário Geral a examinar as medidas que deveriam ser tomadas para assegurar a protecção em todos os conflitos armados. Na sequência da Conferência de Teerão a Assembleia Geral da ONU adopta a resolução 1444 (XXIII) de 19-12-1968, que convida o Secretário Geral a estudar o problema tendo em vista obter uma melhor aplicação das Convenções em vigor ou a elaboração de novas Convenções que melhor possam proteger os civis e combatentes em «todo o conflito armado» dando-se assim início a uma série de estudos que, de alguma forma, despoletaram o processo que leva à Conferência Internacional para a Reafirmação e Desenvolvimento do Direito Humanitário (1974-1977), onde são aprovados os dois Protocolos Adicionais. De destacar porém as seguintes resoluções adoptadas pela Assembleia Geral da ONU. A resolução 2383 (XXIII), 7-11-68, sobre a Rodésia, a qual pede ao Reino Unido que, dado o conflito armado após a declaração unilateral de independência, tome as medidas necessárias para aplicar a III Convenção de Genebra de 1949 relativamente aos prisioneiros de guerra (parag. op. 13); a resolução 2395 (XXIII), de 29-11-68, sobre a «Questão dos territórios administrados por Portugal» que pede ao Governo português para aplicar aos prisioneiros a III Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra (parag. op. 12) e a resolução 35/122 A, de 11-12-1980 aprovada por cento e quarenta e um votos a favor, um contra (Israel) e uma abstenção (Guatemala) e que manda aplicar a IV Convenção de Genebra nos territórios ocupados por Israel. Cf. igualmente sobre a aplicação do direito Internacional humanitário a este tipo de conflitos armados as resoluções da Assembleia Geral da ONU: 2508 (XXIV), 21-11-1969; 2547 (XXIV) 11-12-69; 2678 (XXV) 9-12-70; 2652 (XXV) 3-12-70; 2796 (XXVI), 10-12-71; 2795 (XXVI), 10-12-71 e 2871 (XXVI), 20-12-71. Cf. Heather A. Wilson, *op. cit.*, p. 150.

²⁴ Para certos autores a aplicação do direito humanitário decorreria automaticamente do carácter internacional das guerras de libertação nacional e esse carácter internacional resultaria, por sua vez, de uma regra de direito costumeiro. Essa regra de direito costumeiro resultaria da declaração de 1970 que revelaria a *opinio iuris* da comunidade internacional sobre a matéria a que se juntaria uma vasta prática internacional (no âmbito das organizações internacionais e na prática unilateral e bilateral) dos Estados. Cf. *Abi-Saab, op. cit.*, p. 372.

²⁵ O Representante dos EUA na Assembleia Geral da ONU considera que a resolução é «wrong in virtually every paragraph as a statement of law», cf. *Wilson, op. cit.*, p. 151.

²⁶ Cf. *Abi-Saab, op. cit.*, pp. 374 e 403.

²⁷ Como vimos, a Assembleia Geral da ONU tinha estendido a aplicação do direito Internacional a apenas estes três tipos de conflitos. Esta escolha feita pela Assembleia Geral da ONU e aceite pela Conferência Diplomática correspondeu a experiências bem concretas. A Declaração de 1970 proíbe, como vimos, a desintegração mesmo dos Estados plurais desde que estes respeitem

o direito à autodeterminação e possuam um governo representativo de todo o Povo sem discriminações. Assim, os movimentos de dissidência em dado Estado que visem derrubar o governo e modificar o sistema sócio-político, ou mesmo fazer secessão, ainda que no exercício do direito à autodeterminação (*tout court* ou apenas o seu aspecto interno), são considerados conflitos internos a que se aplicará apenas o artigo 3.º, comum às Convenções de Genebra de 1949 e o Protocolo Adicional II de 1977. Uma das consequências deste entendimento é a de que, por exemplo, a guerra entre a UNITA e o MPLA em Angola é considerada uma guerra Interna não submetida à plenitude das regras do direito internacional humanitário, diferentemente do que sucedia com a guerra travada contra Portugal, a menos que o Governo do MPLA reconheça

o estado de beligerância, o que parece suceder. Para evitar este resultado, parte significativa da doutrina tem defendido, sem sucesso, a abolição da distinção entre conflito interno e conflito internacional considerando que o direito humanitário deveria aplicar-se a todo e qualquer conflito armado. Como diz D. Schindler, «As long as humanitarian international law distinguishes between international and non-international conflicts, such injustice will be inevitable», «The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols», *Recueil des Cours de l'Académie du Droit International*, p. 139 e 143. Ver também Abi-Saab, *op. cit.*, pp. 393 e 396.

²⁸ Israel manteve a posição de «persistent objector». Refira-se que Israel aplica *de facto* a IV Convenção nos territórios ocupados e frequentemente a III Convenção embora considere que a isso não está *de jure* vinculado. Ver Wilson, *op. cit.*, p. 157. A África do Sul, que esteve presente na primeira fase dos trabalhos, não participou na fase final. Em 1974 a votação deste parágrafo no 1 Comité foi de setenta votos a favor, vinte e um contra e treze abstenções. A maioria dos países ocidentais ainda resistia à consideração deste tipo de guerras de libertação nacional como conflitos internacionais para efeitos da aplicação do direito internacional humanitário. Tal posição derivava não tanto de uma oposição de princípio mas, argumentavam, por uma questão de dificuldade de aplicação do direito humanitário a tal tipo de conflitos armados por considerarem que os movimentos de libertação não dispunham de condições materiais para aplicar as normas em questão. Os países ocidentais temiam, por outro lado, que esta fórmula pudesse proteger as acções terroristas e exigiam garantias de que os movimentos de libertação nacional ficavam também vinculados às Convenções e Protocolos não se verificando uma aplicação discriminatória do direito internacional humanitário em que estes só teriam direitos mas não obrigações. Estas garantias, objecto de longas negociações, cujos protagonistas principais foram os delegados dos EUA e do Vietname, foram dadas nomeadamente pelo artigo 96.º, parágrafo 3 do 1 Protocolo que prevê a entrada em vigor das Convenções e Protocolo desde que os movimentos de libertação nacional façam uma Declaração unilateral de aplicação das Convenções e Protocolo. Na sequência dessas garantias o delegado dos EUA propôs, aquando do seu exame em Plenário, que o artigo fosse adoptado por consenso. Tal não foi possível por oposição do delegado de Israel que solicitou o voto. Ver *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development, of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Berna, Federal Political Department, vol. VI, pp. 40 e segs. e Abi-Saab, *op. cit.*, pp. 389a 392.

²⁹ Entre eles, em Junho de 1993, Indonésia, EUA, Reino Unido e França.

³⁰ A. Cassese diz: «Autre facteur important en faveur du caractère général de la règle, trois au moins des délégations - l'Égypte, la Grèce e l'Australie - ont

souligné que la disposition renfermait en définitive une norme générale liant tous les Etats, en ce qu'elle codifiait une pratique préexistante. Ces déclarations sont importantes en soi, et aussi parce que aucune autre délégation n'a jugé nécessaire de les contester. On peut donc légitimement conclure qu'en 1977, un consensus s'est fait jour à la Conférence, pour que les guerres de libération nationale appartenant aux trois catégories mentionnées à l'article 1.4, soient considérées comme des conflits armés internationaux. Le consentement général a consolidé et donné forme à une règle coutumière em^{ergente}...», *Le droit international dans un monde divisé*, Paris, 1986, p. 251. Ver também, do mesmo autor, «The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law», *UCLA, Pacific Basin Law Journal*, 1984, vol. 3, n.º 1 e 2, onde afirma: «The adoption of Article 1 testified to the formation of a general rule, binding on all States participating in the Conference whether or not they ratify the Protocol, save for Israel, the only State which consistently rejected the rule and therefore did not become bound by it», p. 71.

³¹ Esta parece ser a posição de Abi-Saab, que afirma: «Even if Protocol 1 is not accepted as a separate legal instrument by the handfull of governments facing a war of national liberation, its provisions assert themselves as the proper interpretation of the Geneva Conventions», *op. cit.*, p. 433. No mesmo sentido parece inclinar-se D. Shindler, que afirma: «the question of whether wars of liberation can be regarded as international conflicts is to be considered a question of interpretation of Article 2 (3) of the Conventions, not a question whether a new rule of customary law has been developed», «The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols», *op. cit.*, p. 136.

³² O que de resto é a regra no direito internacional. Cf. artigo 31.º da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, em particular o parágrafo 3 que manda ter em conta para a interpretação de um tratado os acordos e práticas ulteriores. Cf. ainda opinião consultiva do Tribunal Internacional de Justiça de 21-6-1971 no caso das «Consequências jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano) não obstante a resolução 276 (1970) do Conselho de Segurança» em que o tribunal afirma: «todo o instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado no quadro global do sistema jurídico em vigor no momento em que a interpretação tem lugar», ICJ, 1971, p. 31.

³³ Os artigos 60.º, 59.º, 139.º, 155.º, das Convenções de Genebra estipulam que «a partir da data da entrada em vigor, a presente Convenção ficará aberta à adesão de qualquer Potência "Puisseance" em francês, "Power" em inglês) que não a tenha assinado.

³⁴ O artigo 2.º, parágrafo 3.º, comum às Convenções de Genebra, estipula que «se uma Potência (Puisseance, Power) em conflito não for parte na presente Convenção, esta aplica-se nas relações recíprocas entre as Potências que nela sejam partes. Essas Potências ficarão ligadas pela Convenção relativamente à referida Potência se esta aceitar e aplicar as suas disposições» (sublinhado meu). Para o CICV esta aceitação não tem de revestir a forma de uma declaração expressa. A simples aceitação tácita pela verificação prática de aplicação bastaria. Uma declaração unilateral expressa tem a vantagem no entanto de clarificar a situação, cf. Abi-Saab, *op. cit.*, p. 403 e nota 68 e J. Pictet (ed.), *Commentaire IV, Ia Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1956, p. 30.

³⁵ A. Cassese, referindo nomeadamente os trabalhos preparatórios, considera que o termo «Potência» utilizado no artigo 2.º se refere apenas a Estados. A única maneira dos movimentos de libertação se tornarem parte nas Convenções seria através de «acordos especiais» nos termos do artigo 3.º A. Cassese, «Wars of national Liberation and Humanitarian Law», *Etudes et essa is sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge*, Ch. Swinarski (ed.), Genève, CICR, 1984, p. 316.

³⁶ Ver U. Palwankar, «Applicabilité du droit humanitaire aux forces des nations Unies», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 1993, pp. 245-259.

³⁷ «Convenção sobre proibições ou restrições quanto ao uso de certas armas convencionais que podem ser consideradas excessivamente nocivas ou ter efeitos indiscriminados», aberta para assinatura em 10-4-1981 tendo entrado em vigor em 2-12-1983. Os EUA e Reino Unido assinaram mas ainda não ratificaram.

³⁸ É óbvio que os Estados podem objectar, como sucedeu com a França – e outros Estados – quando em 1960 recebeu a notificação do governo suíço informando que o Governo Provisório da República Argelina (GPRA) tinha declarado aderir às Convenções de Genebra. Resta saber qual o valor dessa objecção. Pode impedir a adesão? As Convenções nada dizem a este respeito e as regras gerais contidas, por exemplo, na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados não tratam desta situação mas sim das objecções às reservas emitidas pela parte que quer tornar--se parte do Tratado. A natureza do direito internacional humanitário e algumas das suas disposições dão-nos indicações de que essas objecções não impedem que outras entidades que não Estados se tornem parte nas Convenções. Elas são Convenções abertas, consagram um regime jurídico objectivo, são um Tratado-Lei e não um Tratado contrato. Para D. Schindler, *op. cit.*, p. 129, «treaties of humanitarian character are recognized as a special category of treaties the validity of which should not be made dependent upon political considerations», o que a objecção seria. Ver o artigo 60.º, parágrafo 5 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969 que atesta a especial natureza deste tipo de tratados ao proibir o termo ou suspensão de um tratado de natureza humanitária pela violação da outra parte. Por outro lado, nos artigos 4.º A, parágrafo 3, da 111 Convenção, e 13.º da I e 11 Convenções, diz-se que são prisioneiros de guerra os «membros das forças armadas regulares fiéis a um governo ou autoridade não reconhecida pelo Poder detentor». Quer dizer que não se exige o reconhecimento entre as partes para que o direito internacional humanitário se aplique entre elas. Para os juristas do CICV a aplicação do artigo 4.º A, parágrafo 3 da III Convenção, a Autoridade ou Governo não tem de ser reconhecida sequer por terceiros Estados embora isso seja consistente com o espírito da disposição e acrescentam: «It is also necessary that this authority, which is not recognized by the adversary, should either consider itself as representing one of the High Contracting Parties, or declare that it accepts the obligations stipulated in the Convention and wishes to apply them», J. Pictet, *Commentaire 111*, p. 63. Ver também Abi-Saab, *op. cit.*, p. 401. O Congresso Nacional Africano (ANC), fez junto do Presidente do CICV, em 28-11-1980, uma Declaração de intenções no sentido de respeitar as regras contidas nas Convenções. Tal Declaração, enquanto instrumento de adesão, deveria ter sido entregue ao Depositário das Convenções (o governo suíço nos termos dos artigos 61.º, 60.º, 140.º, 156.º) e não ao CICV. Eventualmente, o ANC tentou evitar dessa forma a polémica sob a sua qualificação para formalmente aderir às Convenções, como sucedeu com o

GPRA, preferindo a Declaração menos formal prevista no artigo 2.º, parágrafo 3, cf. *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n.º 727, 1981, p. 21. Por seu lado, o «Estado da Palestina» depositou em 21-6-1989 - enquanto Estado e não como movimento de libertação nacional, sublinhe-se -, os instrumentos de adesão às Convenções e Protocolos, o que foi contestado pela generalidade dos Estados ocidentais, tendo o governo suíço feito circular uma nota informal informando da sua incapacidade de decidir «quanto à existência ou não da Palestina enquanto Estado» pressuposto, no seu entender, para a adesão às Convenções. Alguns Estados aceitaram porém a adesão da Palestina.

³⁹ Op. cit., p. 403.

⁴⁰ A. Cassese, «Wars of National Liberation and Humanitarian Law», p. 323. Ver também, do mesmo autor, *Le droit international dans un monde divisé*, p. 252. Para quem sustenta a tese da interpretação actualista ou extensiva do artigo 2.º, parágrafo 3, comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, é lógico sustentar a aplicação integral dessas Convenções, e não apenas as normas de direito costumeiro aí contidas, para além naturalmente das normas contidas no Protocolo I e que revistam a natureza de normas de direito consuetudinário. De novo a diferença entre as duas doutrinas não tem grande significado, uma vez que é pacífico o entendimento de que a generalidade das disposições contidas nas Convenções de 1949 revestem a natureza de normas de direito costumeiro. Ver Rosemary Abi-Saab, «Les 'principes généraux' du droit humanitaire selon la Cour internationale de justice», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 1987, p. 381 e sentença de 27-6-1986 do Tribunal Internacional de Justiça no «Caso das actividades militares e para-militares na Nicarágua e contra esta», *ICJ*, 1986, p. 113.

⁴¹ Explicação de voto da Indonésia: «My Delegation voted in favour of Article 1 of Protocol I as a whole, as it also did when this article was put to the vote in Committee 1 during the first session of the Diplomatic Conference in 1974. However, as was also the case in 1974, my delegation voted in favour with the understanding that the liberation movements referred to in paragraph 4 of the article 1 are limited only to those liberation movements which have already been recognized by the respective regional intergovernmental organizations concerned, such as the Organization of African Unity and the League of Arab States. By making our vote conditional to the factor of recognition by those regional intergovernmental organizations we endeavour to insert an element of objectiveness in evaluating whether a movement can be regarded as a liberation movement or not», *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Berna, Federal Political Department, Vol. VI, CDDH/SR/36, pp. 62-63. Uma emenda neste sentido foi proposta pela Turquia para figurar no corpo do artigo 1.º, parágrafo 4 do Protocolo I, mas não chegou a ser considerada. Teve-se em conta que as organizações intergovernamentais regionais, por razões óbvias, apenas reconhecem movimentos de libertação cujo adversário não seja membro da organização. E por isso que, por exemplo, o Movimento de Libertação da Eritreia - país que hoje é membro da ONU -, não foi reconhecido como tal pela OUA. Abi-Saab considera que «While recognition by regional organizations reduces the margin of possible controversy, it is not constitutive of the international status or locus standi of the liberation movement for the purposes of the Geneva Conventions and the Protocol», op. cit., p. 409, e afirma ainda não ser necessário «the requirement of recognition by regional organizations either in the definition or for establishing the locus

standi of liberation movements», *ibid.*, p. 432. Refira-se, finalmente, que o critério de reconhecimento dos movimentos de libertação avançado pela Indonésia não é exequível no caso de regiões que não dispõem de organização intergovernamental, ou dispõem de várias, como sucede na Europa e Ásia. Curiosamente, a Indonésia não cita nenhuma organização regional asiática.

⁴² Para a importância dos actos unilaterais de um Estado como indicação da sua aceitação das regras do direito internacional, ver a decisão do Tribunal Internacional de Justiça no «Caso das actividades militares e para-militares dos EUA na Nicarágua», *ICJ*, 1986, p. 107, em que o tribunal considera que os EUA pelos seus actos em vários *fora* (votações de resoluções nas Nações Unidas, adesão aos princípios da CSCE, etc.) revelaram a sua concordância à regra costumeira da interdição do recurso à força nas relações internacionais e do princípio da não ingerência nos assuntos internos de cada Estado. Recorde-se que o tribunal teve de fazer esta prova de concordância dos EUA com aquelas regras uma vez que não podia aplicar ao diferendo tratados multilaterais, como a Carta da ONU que consagra aquelas regras, por força da reserva americana à competência do tribunal.

⁴³ A. Cassese afirma: «dans le cas de Timor oriental, l'Indonésie a prétendu que l'Île était en réalité sous sa souveraineté et que le conflit revêtait donc les caractères d'une simple guerre civile. Ainsi, on n'as pas considéré que la règle générale sur les guerres de libération nationale était applicable, pour la simple raison que, suivant l'opinion des Etats concernés, les circonstances de fait requises ne s'étaient pas présentées», *Le droit international dans un monde divisé*, p. 253.

⁴⁴ Resoluções 1542, XV, de 15-12-1960 e 1514, XV, de 14-12-1960, votadas favoravelmente pela Indonésia, e resoluções do Conselho de Segurança 384 (1975) e 389 (1976) e da Assembleia Geral, em especial a resolução 31/53 de 1-12-1976 negando expressamente a pretendida integração de Timor na Indonésia.

⁴⁵ Sublinhe-se, no entanto, que a legitimidade ou ilegitimidade do conflito é indiferente para a aplicação do direito internacional humanitário. Este aplica-se aos conflitos armados independentemente da sua justiça.

⁴⁶ Cf. J. Pictet, que justifica esta interpretação com o facto de que «les Conventions sont faites avant tout pour protéger des individus et non pas pour servir les intérêts des Etats», *Commentaire IV*, p. 26.

⁴⁷ Com o parágrafo 2 do artigo 2.º visou-se cobrir apenas os casos em que a ocupação se faz sem declaração de guerra e sem hostilidades. Se a ocupação se faz no decurso das hostilidades, então estamos no âmbito do primeiro parágrafo do artigo já que nesse caso há conflito armado, cf. J. Pictet, *Commentaire IV*, p. 27. A. Roberts diz que de acordo com o parágrafo 2 deste artigo a Convenção é aplicável às ocupações forçadas em tempo de paz e acrescenta citando Bothe: «The notion of 'pacific' coercive occupation as distinguished from belligerent occupation does not have any current practical significance», «What is a military occupation?», *British Yearbook of International Law*, 1984, p. 276. Ver M. Bothe, «Occupation after armistice / Belligerent occupation / Pacific Occupation», *Encyclopedia of Public International Law*, R. Bernhardt (ed.), 1982, vol. 4, pp. 63-69.

⁴⁸ O artigo 42.º do Regulamento anexo à IV Convenção de Haia de 1907 dispunha: «Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army», D. Schindler (ed.), *The Laws of Armed Conflicts*, Genève, Henry Dunant Institut, 1973, p. 82. Era esta a definição

clássica de ocupação militar conhecida como «ocupação beligerante» ou *occupatio bellica*. Segundo esta definição, só era considerada ocupação, nomeadamente para efeitos de aplicação do direito humanitário, aquela que ocorria em situações de conflito armado. As experiências da II Guerra Mundial, em que a ocupação foi feita nalguns casos sem resistência por parte do país invadido, como por exemplo a ocupação pelos exércitos alemães da Boémia e da Morávia ou da Dinamarca, determinaram um alargamento da noção para aí incluir a ocupação que correndo embora sem o consentimento do Governo não é acompanhada pela abertura das hostilidades militares. A doutrina inglesa designa esta situação de «forcible peacetime occupation». Cf. A. Roberts, op. cit., pp. 277-279.

⁴⁹ *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983 (3.^a ed.), p. 117-118.

⁵⁰ R. Higgins, examinando esta questão, considera que «Article 2 (4) prohibits the threat or use of force against 'any State' - a precondition to the entitlement of any right of self-defence. What does this term 'any State' mean? Certainly the use of force is prohibited against a State's dependent territories overseas, as much as against the metropolitan State itself. The military action in the Falklands was a use of force against a State - albeit actually against a dependency of the United Kingdom - and in turn allowed a right of self-defence to the United Kingdom, even though the «self» was some eight thousand miles away. Again, as a matter of policy, that must be the right interpretation, otherwise all territories other than independent metropolitan territories could be exposed to hostile military action with impunity», «International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes», *Recueil des Cours de l'Académie du Droit International*, 1991, V, p. 311.

⁵¹ Ver resoluções 502 e 505 (1982) do Conselho de Segurança. Ver ainda *The British Yearbook of International Law*, vol. 53, 1982, pp. 518-558 e A. Roberts, op. cit., p. 280.

⁵² Israel, no entanto, declarou que aplicaria *de facto* as «disposições humanitárias» da IV Convenção, cf. A. Roberts, op. cit., p. 281. Quanto à III Convenção (prisioneiros de guerra) os tribunais de Israel negam, em tese geral, a sua aplicação com o argumento de que «No Government with we are in a state of war accepts responsibility for the acts of the Popular Front for the Liberation of Palestine», H. A. Wilson, op. cit., p. 158.

⁵³ Os territórios ocupados em 1967 por Israel faziam parte do mandato britânico sob a Palestina. A Assembleia Geral da ONU, pela resolução 181 (II) A de 29-11-1947 endossa o Plano de Partilha dos territórios que se encontravam sob mandato e que previa a criação de um Estado judeu e outro árabe nesses territórios e, conseqüentemente, previa o fim do mandato para 1-8-1948. A retirada britânica veio a ocorrer após a constituição do Estado de Israel em 14-5-1948 e o início da primeira guerra israelo-árabe. No final dessa primeira guerra os territórios que deveriam constituir o Estado árabe (Palestina), ficaram em poder de Israel, outros da Jordânia (Cisjordânia) e outros do Egipto (faixa de Gaza). Face ao impasse então verificado, a Jordânia integra oficialmente, em 24-4-1950, os territórios que tinham ficado sob seu controlo. Em 1967 Israel ocupa a faixa de Gaza e parte dos territórios integrados na Jordânia (margem ocidental do rio Jordão). Em 31-7-1988, face à intenção da ou' de declarar a existência do Estado da Palestina - o que veio a acontecer em 15-11-1988 por declaração do Conselho Nacional Palestino reunido em Argel - a Jordânia

declarou que os territórios que ela tinha incorporado em 1950 eram restituídos ao Povo Palestino.

⁵⁴ A Assembleia Geral da ONU, pela resolução 35/122 A de 11-12-1980, que exprimia esta opinião, foi adoptada por cento e quarenta e um votos a favor, um contra (Israel) e uma abstenção (Guatemala). Cf. Adam Roberts, *op. cit.*, p. 282.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 250.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 255.

⁵⁷ Abi-Saab resume com clareza aquela que é a posição da doutrina nesta matéria: «illegal annexation of occupied territory is legally inoperative both in general international law and in the specific context of humanitarian law», *op. cit.*, pp. 395-396. A Declaração de 1970 diz que «nenhuma aquisição territorial resultante da ameaça ou da utilização da força será reconhecida como legal». O Tribunal Internacional de Justiça no Parecer Consultivo de 21-6-1971, sobre «as consequências jurídicas para os Estados da presença continuada da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano) apesar da resolução 276 (1970) do Conselho de Segurança», reafirmou este entendimento, cf. *ICJ*, 1971, pp. 54-56. A Comissão do Direito Internacional (CDI), no seu projecto sobre a responsabilidade dos Estados prevê que «un acte d'agression fait naitre toutes les conséquences juridiques d'un crime international e que «un crime international commis par un Etat fait naitre pour chaque autre Etat l'obligation: a) de ne pas reconnaître comme légale la situation crée par le dit crime», cf. *Annuaire de la CDI*, 1984, vol. II, p. 14. Esta posição decorre do princípio da interdição do recurso à ameaça ou ao uso da força nas relações internacionais hoje considerada não apenas como uma regra convencional constante do artigo 2.º, parágrafo 4 da Carta da ONU mas regra costumeira. Se se proíbe o recurso à força tem de se proibir qualquer vantagem daí decorrente segundo o princípio *ex injuria jus non oritur*. Esta tese recebeu grande impulso no domínio do direito internacional com a chamada doutrina Stimson contida na nota do Secretário de Estado americano de 7-1-1932 e na qual os EUA anunciavam não reconhecer qualquer situação, tratado ou acordo concluído em contravenção ao Pacto de Paris de 27-8-1928 (Pacto Briand-Kellog) que proibia o recuso à força para resolver litígios internacionais. Recorde-se que alguns autores (Kelsen, Brierly) sustentam porém que em direito internacional tais princípios são de relativa utilidade uma vez que não existe um poder central sancionador, não se podendo ignorar a força dos *fait accompli* nomeadamente quando seguidos de reconhecimento por parte de terceiros Estados. Ver A. Gerson, *Israel, The West Bank and International Law*, Londres, Frank Cass, 1978, pp. 13-14 e Charles De Visscher, *Les effectivités du droit international public*, Paris, Ed. A. Pédone, 1967, pp. 115-117.

⁵⁸ Como diz J. Pictet, «Ceux qui prennent part à la lutte sans appartenir aux forces armées agissent délibérément, en dehors des lois de la guerre», *Commentaire IV*, p. 60. Nos termos do artigo 5.º, se no território de uma parte no conflito uma pessoa protegida – isto é, pessoa civil – se dedica, ou há uma suspeição legítima de que se dedica, a uma actividade prejudicial à segurança do Estado, esta pessoa não poderá socorrer-se dos direitos e privilégios conferidos pela Convenção, que, se aplicados, pudessem prejudicar a segurança do Estado. Quanto aos territórios ocupados, a segunda parte do mesmo artigo contém uma regra, aparentemente menos drástica, nos termos da qual a pessoa protegida que se dedicar, ou haja suspeição legítima que se dedica, a uma actividade prejudicial à segurança do ocupante poderá, caso a segurança

militar o exigir, ser privada dos direitos de comunicação, isto é, dos contactos com o exterior. Registe--se ainda que nos termos da terceira parte do mesmo artigo as pessoas devem, em qualquer caso, ser tratadas com humanidade e têm sempre direito a um processo «équitable et régulier».

⁵⁹ Este princípio está claramente enunciado no artigo 43.º do Regulamento anexo à IV Convenção de Haia de 1907 que diz: «The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country». O artigo 55.º do mesmo regulamento diz sugestivamente que «The occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary...». A. Gerson dá-nos a seguinte ratio legis destas disposições: «This tale is the necessary corollary of the principle that occupied territory not be annexed but remain an issue for negotiation in anticipated peace discussions», op. cit., p. 4.

⁶⁰ Contrariamente ao que se possa supor, a ilegalidade da ocupação não implica que o Poder ocupante não detenha poderes legais no território ocupado. O direito internacional separa a questão do estatuto do território sob ocupação que não sendo consentida é ilegal, da realidade objectiva e factual que é a ocupação, impondo ao Poder ocupante um conjunto de obrigações e direitos com relação aos actos que este pode ou não pode praticar relativamente ao território ocupado.

⁶¹ Nestes termos, qualquer acordo entre as autoridades locais do território ocupado e a Potência ocupante não pode retirar à população civil o benefício da Convenção. Do mesmo modo um acordo assinado por Portugal reconhecendo por exemplo a anexação não retirava, *ipso facto*, os direitos da população enquanto pessoas protegidas nos termos da IV Convenção. Nos termos do artigo 6.º, a Convenção aplica-se, nos territórios ocupados, até um ano após a cessação das operações militares mas certas disposições manter-se-ão em vigor enquanto se verificar, *de facto*, a ocupação.

⁶² Cf. Abi-Saab, op. cit., p. 427. Contra esta opinião, A. Roberts, op. cit., p. 299.

⁶³ Desde a Declaração de Bruxelas sobre as Leis e costumes da Guerra de 1874 (artigo 9.º), e artigo 1.º dos Regulamentos respeitantes às Leis e costumes da guerra terrestre, anexos às Convenções de Haia de 1899 (II Convenção) e 1907 (IV Convenção).

⁶⁴ Esta ligação a Portugal, que seria nesse caso considerado «parte no conflito», não implica necessariamente uma ligação formal ao exército regular português, como seria exigido na época do regulamento de Haia de 1907 (artigo 1.º). Como diz o comentário de J. Pictet, «Une liaison *de fait* entre l'organisation de résistance et le sujet de droit international se trouvant en état de guerre est indispensable. Mais elle est suffisante. Cette liaison *de fait* peut se manifester par un simple accord tacite, le caractère des opérations indiquant clairement au service de quelle Partie l'organisation de résistance exécute ses opérations», *Commentaire IV*, p. 64. O facto dos resistentes timorenses deterem a nacionalidade portuguesa e as posições políticas de Portugal a favor da resistência e contra a Indonésia são elementos importantes para estabelecer tal *liaison de fait*. Se se admitir esta ligação, Portugal poderia vir a ser considerado responsável pela resistência em aplicação da norma considerada costumeira de que o Estado beligerante é, em princípio, responsável pelos actos cometidos pelas pessoas que constituem as suas forças armadas (artigo 3.º da IV

Convenção de Haia de 1907, artigos 51.º, 52.º, 131.º, 148.º das Convenções de Genebra de 1949 e artigo 91.º do I Protocolo Adicional).

⁶⁵ Esta disposição, inserta na III Convenção de Genebra de 1949, visa proteger situações como aquela em que se encontraram as tropas do General De Gaulle, submetidas ao Comité Francês de Libertação Nacional, durante a II Guerra Mundial e que não eram naturalmente reconhecidos nem pela Alemanha, nem pelo Governo de Vichy. Recorde-se que nos termos do artigo 10.0, parágrafo 3 do tratado de armistício de 22-6-1940 entre a França e a Alemanha os franceses que continuassem a guerra contra a Alemanha não gozariam da protecção das leis da guerra.

⁶⁶ Esta terá sido a situação da resistência desde a invasão em 7-12-1975, até 1984, data em que a resistência terá deixado de se considerar como as forças armadas de um Estado independente - a República Democrática de Timor-Leste proclamada em 28-11-1975 - para aceitar a posição de Portugal como potência administrante e logo a sua condição de simples movimento de libertação nacional embora a sua luta não se dirija contra a potência administrante mas contra um terceiro país ocupante.

⁶⁷ «Ce qui caractérise la situation de ces troupes, c'est simplement le fait que'elles n'agissent pas, ou n'agissent plus, dans l'opinion de leur adversaire, sous l'autorité directe d'une Partie au conflit selon l'article 2 de la Convention», J. Pictet, *Commentaire 111*, p. 71.

⁶⁸ «Il faut de sur croît que cette autorité non reconnue par l'adversaire, se considère elle-même comme représentant l'une des Hautes Parties contractantes ou qu'elle déclare accepter les obligations prévues para la Convention et soit désireuse de les appliquer», *ibid.*, p. 71. ⁶⁹ No mesmo sentido, Y. Sandoz, Ch. Swinarski e B. Zimmermann (ed.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1986, p. 1115.

⁷⁰ Ver os seguintes artigos de G. H. Aldrich, chefe da Delegação dos EUA à Conferência que adoptou em Genebra os Protocolos de 1977, tentando convencer a administração Reagan - que considera que o I Protocolo «give recognition and protection to terrorist groups» - a ratificar o Protocolo: «New Life for the Laws of War», *American Journal of International Law*, 1981, pp. 764-783; «Progressive Development of the Laws of War: A Reply to criticisms of the 1977 Geneva Protocol 1», *Virgínia Journal of International Law*, 1986, pp. 693-720; «Prospects for United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Convention», *American Journal of International Law*, 1991, pp. 1-20. Ver ainda a mensagem de 29-1-1987, do Presidente Ronald Reagan ao Senado recusando-se a ratificar o Protocolo 1 e o artigo de H. P. Gasser, «An Appeal for Ratification by the United States», *American Journal of International Law*, 1987, pp. 910-925.

⁷¹ O artigo 96.º, parágrafo 3 do 1 Protocolo estipula: «The authority representing a people engaged against a High Contracting Party in an armed conflict of the type referred to in Article 1, paragraph 4, may undertake to apply the Conventions and this Protocol in relation to that conflict by means of a unilateral declaration adressed to the depositary. Such declarations, shall upon its receipt by the depositary, have in relation to that conflict the following effects: (a) The Conventions and this Protocol are brought into force for the said authority as a Party to the conflict with immediate effect».

⁷² Durante a guerra Iraque-Koweit cerca de oitenta mil prisioneiros de guerra iraquianos foram transferidos para a Arábia Saudita, cf. J.-Ph. Lavouyer, «Droit

international Humanitaire et le conflit du Golfe», *Les Grands problèmes de la Paix*, Genève, GIPRI, 1993, p. 149.

⁷³ Igual direito é concedido às pessoas protegidas (civis) pela IV Convenção, artigos 11.0 e 143.º

⁷⁴ J.-Ph. Lavouyer, op. cit., p. 150.

⁷⁵ No seguimento do que de resto já o artigo 6.º do Regulamento anexo à IV Convenção de Haia de 1907 determinava.

⁷⁶ Este parece ser o entendimento da Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Protecção das Minorias - órgão dependente da Comissão dos Direitos do Homem da ONU - que no parágrafo operativo 4 da resolução 1993/12, adoptada em 20-8-1993, pede às autoridades indonésias que respeitem a IV Convenção nomeadamente quanto à proibição de transferência dos prisioneiros do seu lugar de residência original. Tinha-se aqui em vista a transferência de Xanana Gusmão da prisão de Díli para Cipinang em Jacarta e que, a ser aplicável a IV Convenção, seria proibida pelo artigo 49.º No mesmo sentido parece inclinar-se a Plataforma Internacional de Juristas para Timor-Leste que em apelo dirigido ao Secretário-Geral da ONU considera aplicável a IV Convenção, que Xanana Gusmão é «prisioneiro político» e que a sua transferência de Timor seria ilegal. No mesmo apelo, a Plataforma considera como actos ilegais do Poder ocupante a «imposição das leis penais indonésias no Território» o que, como vimos, não é exacto nos termos da IV Convenção. A ilegalidade da ocupação não determina automaticamente, para o direito internacional humanitário, a «ilegalidade» de todos os actos normativos praticados pela Indonésia em Timor-Leste.

⁷⁷ Ver nota 58. Em teoria, não é impossível aplicar a IV Convenção àqueles que tomaram parte nas hostilidades. A questão é a de saber se esse é o enquadramento jurídico mais adequado ou o que garante a melhor protecção dada a norma derogatória constante do artigo 5.º conjugado com o artigo 64.º e 68.º para aqueles que participaram em acções violentas contra o poder ocupante. Nos termos do artigo 45.º, parágrafo 3 do Protocolo I, qualquer pessoa que tenha participado nas hostilidades mas não seja considerado como prisioneiro de guerra tem direito a um tratamento previsto no artigo 75.º no caso de não beneficiar de melhor tratamento nos termos da IV Convenção. O artigo 75.º consagra apenas um mínimo de garantias como a proibição de tortura e outras de natureza essencialmente processual não questionando, para além disso, o conteúdo das normas penais a aplicar. Como se diz no comentário elaborado pelo CICV, «il se peut aussi que l'inculpé, sans se voir dénier le bénéfice de la IV^{ème} Convention, tombe sous le coup de l'article 5 de cette dernière, qui prévoit d'importantes dérogations. Dans un tel cas, les garanties de l'article 75 (Garanties fondamentales) subsistent intégralement», Y. Sandoz, Ch. Swinarski e B. Zimmermann, *Commentaire des Protocoles*, p. 567.

⁷⁸ Entrevista a Jill Jolife em Genebra, Público, 8-5-1994.

⁷⁹ Cf. International Commission of Jurists, *Report on the Trial of Xanana Gusmão in Dili, East Timor*, Genève, 1993, pp. 29-31.

⁸⁰ As Convenções de 1949 (III Convenção, artigo 132.º, IV Convenção, artigo 149.º) estipulam um processo de inquérito às alegadas violações. Tal processo de inquérito só se pode realizar, no entanto, com o acordo das partes envolvidas. Idêntica situação se verifica com o 1 Protocolo que prevê a criação de uma «Comissão para o estabelecimento dos factos» competente para examinar a violação das Convenções e 1 Protocolo relativamente às Altas Partes Contratantes que declarem - no momento da assinatura, ratificação, adesão ou

subsequentemente –, reconhecer a competência da referida Comissão. Registre-se que Portugal não fez a referida Declaração. Por seu lado, o Comité Internacional da Cruz Vermelha está mais vocacionado para prestar assistência às vítimas – e para isso está legitimado pelas Convenções – e não para inquirir das violações do direito humanitário. Ver artigos 10.0 e 126.º (III Convenção) e 11.0 e 143.º (IV Convenção). Ver ainda G. 1. A. D. Draper, «The Implementation and Enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the Two Additional Protocols», *Recueil des Cours de l'Académie du Droit International*, 1979, vol. III, pp. 1-54 e G. Abi-Saab, «The Implementation of Humanitarian Law», *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, A. Cassese (ed.), Napoli, Editoriale Scientifica, S. r. l., 1979, pp. 310-346.

⁸¹ Mas não se ignora a advertência de Lauterpacht: «If international law is the vanishing point of law, the law of war is the vanishing point of international law», cf. Abi-Saab, «Respect of Humanitarian Norms in international Conflicts, Interstate wars and wars of national liberation», *Modern Wars, The Humanitarian Challenge* (A Report for the Independent Commission on International Humanitarian Issues), London, Zed Books Ltd., 1986, p. 61.

⁸² Antonio Cassese, *Le droit international dans un monde divisé*, p. 252.

⁸³ Entre essas violações graves conta-se a transferência da população civil da potência ocupante para os territórios ocupados, o obrigar um prisioneiro de guerra a servir nas forças inimigas, a prática da tortura, os tratamentos desumanos e homicídio intencional, artigo 130.º da 111 Convenção; 147.º da IV Convenção e artigo 85.º do I Protocolo.

⁸⁴ Artigo 85.º, parágrafo 5 do I Protocolo.

⁸⁵ Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade, adoptada pela resolução da Assembleia Geral da ONU 2391 (XXIII) de 26-11-1968, tendo entrado em vigor em 11-11-1970. A generalidade dos países ocidentais não são parte ria Convenção nem sequer a assinaram. Porém, a generalidade dos direitos internos contém normas de imprescritibilidade ou de prazos de prescrição muito longos para este tipo de crimes.

⁸⁶ Artigo 129.º, III Convenção, artigo 146.º, IV Convenção.

⁸⁷ Pouco tempo após o massacre do 12-11-1991 em Díli foi intentado processo judicial nos Estados Unidos contra um dos militares responsáveis pelo massacre que aí se encontrava aparentemente em visita de estudo.

⁸⁸ Ver a este propósito as recentes decisões de Tribunais de Apelo no Chile pondo em causa a amnistia decretada pela Junta Militar de Pinochet relativamente a crimes cometidos entre 1973 e 1978. O argumento utilizado, segundo a *Newsweek*, 14-11-1984, é o de que se a prisão e execução de chilenos se devia ao facto de a Junta conduzir uma guerra contra rebeldes armados leais ao Presidente Salvador Allende então o país estaria em guerra e nesses termos vinculado às Convenções de Genebra e outros instrumentos internacionais de direitos do homem, que proibem o rapto, a tortura e o assassinato de prisioneiros de guerra. Para os tribunais esses instrumentos internacionais têm primazia sobre o direito interno, logo sobre as amnistias. A questão deverá ser agora decidida pelo Supremo Tribunal.

⁸⁹ Ver L. Condorelli e L. Boisson de Chazournes, «Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'faire respecter' le droit international humanitaire en toutes circonstances», *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Ch. Swinarski (ed.), Genève, CICR, 1984, pp. 17-35.

⁹⁰ Abi-Saab diz que «It is by increasing the cost or the nuisance value of non-compliance, that the international community can influence, and eventually deflect, the attitude of the reluctant party», *Wars of National Liberation*, p. 435.

⁹¹ Resolução 827 (1993).

⁹² A. Cassese (*Le droit international dans un monde divisé*, pp. 252-253), hoje Presidente do Tribunal Internacional para os Crimes na ex-Jugoslávia e A. Roberts (op. cit., p. 280) referem--se expressamente à situação de Timor-Leste. O Professor Abi-Saab, igualmente membro do Tribunal Internacional para os Crimes na ex-Jugoslávia na sua lição de 1979 na Academia de Direito Internacional em Haia diz: «Even if Protocol I is not accepted as a separate legal instrument by the handful of governments facing a war of national liberation, its provisions assert themselves as the proper interpretation of the Geneva Conventions» e continua «if a liberation movement makes a declaration accepting the provisions of the Conventions, these Conventions, as interpreted in the light of Protocol I, become applicable in the ongoing war of national liberation, regardless of the opposition of the adversary government, as long as it is itself bound by Conventions», *Wars of National liberation*, pp. 433-434.

BIBLIOGRAFIA

ABI-SAAB, Georges, «Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols», *Recueil des Cours de l'Académie du Droit International*, 1979, IV, pp. 353-446.

- «The implementation of Humanitarian Law», *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Antonio Cassese (ed.), Napoli, Editoriale Scientifica, S. r. l., 1979, pp. 310-346.

- «Respect of Humanitarian Norms in International Conflicts, Interstate Wars and Wars of National Liberation», *Modern Wars, the Humanitarian Challenge* (a Report for the Independent Commission on International Humanitarian Issues), London, Zed Books, Ltd., 1986, pp. 60-85.

ABI-SAAB, Rosemary, «Les 'principes généraux' du droit humanitaire selon la Cour Internationale de Justice», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 1987, pp. 381-389.

ALDRICH, George H., «New life for the Laws of the War», *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, pp. 764-783.

- «Progressive Development of the Laws of War: A Reply to Criticisms of the Geneva Protocol I», *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1986, pp. 693-720.

- «Prospects for United States Ratification of Additional Protocol 1 to the Geneva Conventions», *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, pp. 1-20.

BOTHE, Michael, «Occupation after armistice / Belligerent Occupation / Pacific Occupation», *Encyclopedia of Public International Law*, R. Bernhardt (ed.), Amsterdam, vol. 4, 1982, pp. 63-69.

CASSESE, Antonio, «The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law», *UCLA, Pacific Basin Law Journal*, 1984, vol. 3, n.ºs 1 e 2, pp. 55-118.

- *Le droit international dans un monde divisé*, Paris, Berger-Levrault, 1986, pp. 375.

- «Wars of National Liberation and Humanitarian Law», *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Christophe Swinarski (ed.), Genève, CICR, 1984, pp. 313-324.
- CONDORELLI, Luigi et Laurence Boisson de Chazournes, «Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'faire respecter' le droit international humanitaire en toutes circonstances», *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Christophe Swinarski (ed.), Genève, CICR, 1984, pp. 17-35.
- DRAPER, G.1. A. D., «The Implementation and Enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the Two Additional Protocols of 1978», *Recueil des Cours de l'Académie du Droit International*, 1979, vol. III, pp. 1-54.
- EIDE, Asbjorn, «The laws of War and Human Rights - Differences and Convergences», *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Christophe Swinarski (ed.), Genève, CICR, 1984, pp. 675-697.
- GASSER, Hans-Peter, «An Appeal for Ratification by the United States», *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, pp. 912-925.
- GERSON, Allan, Israel, *The West Bank and International Law*, London, Frank Cass, 1978, p. 285.
- HIGGINS, Rosalyn, «International Law and the Avoidance, Containment and resolution of disputes. General Course on Public International Law», *Recueil des Cours de l'Académie du Droit International*, 1991, V.
- LAVOYER, Jean-Philippe, «Le droit international humanitaire et le conflit du Golfe», *Les grands problèmes de la paix*, Genève, GIPRI, 1993, pp. 141-152.
- MERON, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 263.
- PALWANKAR, Umesh, «Applicabilité du droit international humanitaire aux forces des Nations Unies pour le maintien de la paix», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 1993, pp. 245--259.
- PICTET, Jean S., (ed.), *Commentaire 111, La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, CICR, 1958.
- *Commentaire IV, La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1956.
- ROBERTS, Adam, «What is a Military Occupation?», *The British Year Books of International Law*, 1984, pp. 249-305.
- ROSENBLAD, Esbjorn, *International Humanitarian Law of Armed Conflict, Some aspects of the Principle of Distinction and Related Problems*, Genève, Henry Dunant Institute, 1979, p. 200.
- SALMON, Jean J. A., «Les guerres de Liberation Nationale», *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Antonio Cassese (ed.), Napoli, Editoriale Scientifica, S. r. I., 1979, pp. 55--112.
- SANDOZ, Yves; Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (eds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1986, pp. 1647.
- SANDOZ, Yves, «Nouveau développement du droit international humanitaire - interdiction ou restriction d'utiliser certaines armes», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1981, pp. 3-19.
- SCHINDLER, Dietrich et Jiri Toman (eds.), *The Law of Armed Conflicts*, Geneva, Henry Dunant Institute, 1973, p. 795.

**As lutas de libertação nacional | JOSÉ JÚLIO
e o direito internacional humanitário | PEREIRA GOMES
O caso de Timor-Leste |**

SCHINDLER, Dietrich, «The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols», *Recueil des Cours de l'Académie du Droit International*, 1979, II, pp. 117-164.

VEUTHEY, Michel, *Guérilla et droit humanitaire*, Genève, CICR, 1983, p. 451.

VIRALLY, Michel, «Droit International et décolonisation devant les Nations Unies», *Le droit International en devenir*, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 1990, pp. 325-354.

WILSON, Heather A., *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 209.

ZORGBIBE, Charles, *A Guerra Civil*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1977 (tradução), p. 221.