

JURISMAT

Revista Jurídica
Número 20/21
2024 - 2025

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 20-21 – PORTIMÃO – NOVEMBRO 2024 / MAIO 2025

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 20-21
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / Univ. Lusófona)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcelos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL
Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Directório Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Capa: Eduarda de Sousa
Data: Novembro 2024 / Maio 2025
Impressão: ACD Print
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

JURISMAT – REVISTA JURÍDICA DO ISMAT

COMISSÃO CIENTÍFICA

Carlos Rogel Vide

Universidad Complutense de Madrid

Jorge Miranda

Universidade de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa & ULHT

José de Faria-Costa

Universidade Lusófona & ISMAT

José Lebre de Freitas

Universidade Nova de Lisboa

Luiz Cabral de Moncada

Universidade Lusófona & ISMAT

Manuel Couceiro Nogueira Serens

Universidade de Coimbra & ULHT

Maria Serrano Fernández

Universidad Pablo Olavide – Sevilla

Maria dos Prazeres Beleza

Supremo Tribunal de Justiça

Mário Ferreira Monte

Universidade do Minho

Milagros Parga

Universidad de Santiago de Compostela

Paulo Ferreira da Cunha

Universidade do Porto

Silvia Larizza

Universitá degli Studi di Pavia

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
ARTIGOS	11
ANTÓNIO BRÁZ TEIXEIRA	
A Filosofia Política de Augusto Saraiva	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA	
Direito, Justiça e Pena, entre o Mito e a Razão: Convite à Reflexão Crítica	21
MIGUEL SANTOS NEVES	
Gaza, o conflito Israel-Palestina e <i>lawfare</i> : limitações na capacidade do direito internacional regular os conflitos armados	49
MARIA DOS PRAZERES BELEZA	
Especialidades mais relevantes das acções de responsabilidade civil por violação do direito da concorrência (<i>private enforcement</i>)	103
ANA ISABEL SOUSA MAGALHÃES GUERRA	
A Influência da Inteligência Artificial na Vida Familiar	129
HATIM ANOUAR	
Délai d'appel élargi du procureur général au Maroc a l'épreuve de l'égalité des armes	139
ROBA IHSANE	
La justice prédictive	153
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL	
Breve análise, reflexiva, sobre a necessidade de reformulação do Código Comercial..	173
HANANE OUBELKACEM, FATIMA ZAHRA OUASSOU & BOUCHRA JDAIN	
La responsabilité médicale : une étude rétrospective dans la région de Souss Massa (sud du Maroc)	189
MIGUEL ÁNGEL ENCABO VERA	
Estructura de la relación obligatoria: sujetos y objeto de la obligación en el derecho comparado español y portugués.....	217

ARTIGOS DE ESTUDANTES E DIPLOMADOS DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	241
BIANCA ANDREIA DOS SANTOS VIANA	
A responsabilidade penal no exercício de maus-tratos a animais de companhia: breves notas sobre a constitucionalidade do tipo legal	243
MANUEL CATARINO	
Breve reflexão nos 50 anos do lock-out em Vieira de Leiria e da revolução de Abril .	255
MARIANA CARRAÇA	
A influência das criptomoedas no sistema jurídico português: um panorama atual	273

Gaza, o conflito Israel-Palestina e *Lawfare*: limitações na capacidade do direito internacional regular os conflitos armados

MIGUEL SANTOS NEVES *

Resumo: O artigo aborda o conflito Israel-Palestina e analisa a dinâmica da sua transformação nas últimas duas décadas na perspectiva da interacção entre *Lawfare* e *warfare* com vista a contribuir para uma maior compreensão da sua interacção, mas também da forma como influencia o desenvolvimento dos conflitos armados e interfere na efectividade da respectiva regulação. O conflito Israel-Palestina constitui um exemplo de ampla e persistente violação em grande escala do direito internacional mas também um caso paradigmático do recurso à *Lawfare* por ambas as partes do conflito, como meio não-militar da Estratégia com vista a atingir objectivos políticos essenciais em alternativa à *warfare*.

O recurso à *Lawfare* tem impacto relevante na atual fase de high-level warfare iniciada em 7.10.2023 com o ataque terrorista do Hamas, contribuindo para potenciar os níveis de violações do DIH e DIDH por ambas as partes e neutralizar/enfraquecer a pressão internacional, exacerbando os níveis de violência contra a população de Gaza e violações em massa de direitos humanos geradores de uma situação de catástrofe humanitária. A inexistência do direito de legítima defesa de Israel nos termos do art. 51º da Carta, por não verificação dos pressupostos, assim como a violação do DIH e do DIDH, designadamente dos princípios da proporcionalidade e da distinção, implica que a acção de Israel em Gaza constitui um acto ilícito que faz

JURISMAT, Portimão, n.ºs 20-21, 2024-2025, pp. 49-101.

* Professor Associado do ISMAT; Presidente da Network of Strategic and International Studies (NSIS).

incurrer o Estado em responsabilidade internacional implicando o consequente dever de reparação, designadamente de indemnização de todos os danos causados em Gaza, e consequências não-jurídicas envolvendo a perda de reputação internacional que alimenta o crescente isolamento internacional de Israel.

A análise revela que a relação entre *Lawfare* e *warfare* tende a ser mais complexa do que a relação de substituição assumida na literatura, sendo possível identificar diferentes padrões de interacção, e conclui que o impacto da *Lawfare* sobre a regulação dos conflitos armados é negativo na medida em que reforça a tendência estrutural de fragmentação do direito internacional e assume uma lógica de “rule by law” instrumento do poder, em detrimento da perspectiva de “rule of law” de limitação do poder, reduzindo a efectividade na regulação. Por outro lado, gera um obstáculo significativo no esforço de revitalizar um processo de “paz positiva” de longo prazo que requer novos protagonistas, que não os radicais Hamas e Netanyahu e a extrema-direita israelita, uma nova mediação internacional credível e imparcial e uma sustentada, organizada e coordenada pressão da opinião pública internacional.

Palavras-Passe: Conflito Israel-Palestina; *Lawfare*; regulação *Warfare*; Estratégia; Direitos Humanos

Abstract: The article looks at the Israel-Palestine conflict and analyses the dynamics of its transformation over the last two decades using the lenses of the interaction between Lawfare and warfare with a view to contribute to a better understanding of the nature of the interaction, its influence over the development of armed conflicts and interference with its effective regulation. The Israel-Palestine conflict constitutes a vivid example of the persistent violation of International Law but is also a paradigmatic case of the use of Lawfare by both parties to the conflict as a non-military means of Strategy aimed at attaining political objectives as an alternative to warfare.

The recourse to Lawfare has a relevant impact on the present high-level warfare phase initiated on 7.10.2023 with the Hamas terrorist attack, contributing to enhance the levels of violation of IHL and IHRL by both parties and to neutralise/weaken international pressure, thus exacerbating the levels of violence and mass violation of human rights that paved the way to the current humanitarian catastrophe. The inexistence of a right to self-defence of Israel under art. 51 of the Charter, as well as the violation of IHRL and IHL, namely the principles of proportionality and distinction, imply that Israel's action in Gaza is illegal entailing the international responsibility of the State and the obligation of reparation, namely the compensations for all damages caused in Gaza, as well as non-juridical consequences involving the loss of international reputation that fuels the increasing international isolation of Israel.

The analysis reveals that the relationship between Lawfare and warfare tends to be more complex than the substitution pattern emphasized in the literature, pointing to a diversity of patterns, and concludes that it has an adverse impact of Lawfare on the multidimensional regulation of armed conflicts, both political, legal and social, insofar it reinforces the trend of fragmentation of international law and reinforces the logic of “rule by law” an instrument of power, rather than “rule of law”, a limit to power that challenges concepts of absolute sovereignty, weakening the effectiveness of regulation. On the other hand, this constitutes a considerable obstacle to the revitalisation of the positive peace process which also requires new players, different from the radicals Hamas and Netanyahu’s far-right government, a new international mediation more credible and impartial and a sustained, organised and coordinated pressure from the international public opinion.

Key-Words: Israel-Palestine conflict; Lawfare; Warfare regulation; Strategy; Human rights

O conflito Israel-Palestina é o conflito mais longo e um dos que possui maior impacto sistémico sobre a segurança internacional no período pós-1945. Apesar de se tratar de um conflito armado não-internacional, com evolução errática e variações de intensidade evoluindo de estados de *low-level warfare* para *high-level warfare* e vice-versa, é um conflito amplamente internacionalizado constituindo uma arena fundamental de competição estratégica entre grandes potências. A situação de ocupação ilegal dos territórios palestinianos, a não concretização do direito à auto-determinação do povo palestiniano e a inexistência do Estado da Palestina representam uma violação persistente e estrutural do direito internacional e um dos casos de maior insucesso da comunidade internacional e do sistema das Nações Unidas. Contudo, o conflito é também um caso paradigmático do recurso à *Lawfare*, a manipulação do direito internacional visando a criação de aparência de legalidade enquanto meio não-militar da estratégia que pretende atingir objectivos políticos essenciais como alternativa à warfare.

O artigo analisa o conflito Israel-Palestina na perspectiva da interacção entre *Lawfare* e *warfare* com vista a contribuir para uma maior compreensão da sua interacção, mas também da forma como influencia o desenvolvimento dos conflitos armados e interfere na eficácia da respectiva regulação. O artigo está dividido em quatro partes. A primeira analisa os traços estruturais da evolução do conflito Israel-Palestina nas últimas duas décadas desde que o processo de paz entrou em crise. A segunda parte aborda a temática da *Lawfare* e a forma como tem sido aplicada por ambas as partes no conflito ao longo do tempo. A terceira olha para a intensificação do conflito armado na sequência do ataque do

Hamas a Israel em Outubro de 2023 e analisa as várias violações do direito internacional, as suas conexões com a Lawfare e as suas consequências jurídicas e não jurídicas. A quarta parte, reflecte sobre os diferentes padrões de relação entre *warfare* e *Lawfare* à luz deste caso e as suas implicações para a regulação efectiva dos conflitos armados e o reforço da capacidade de moderação da violência e de violações em massa de direitos humanos.

1. O Conflito Israel-Palestina em perspectiva

A intensificação do conflito entre Israel e Palestina na sequência do ataque terrorista do Hamas em 7.10.2023, que elevou o conflito de um nível de *low-level warfare* para *high-level warfare*, culmina um processo político nas duas últimas décadas marcado por quatro grandes eixos de evolução: o desmantelamento do processo de paz iniciado em 1993, a radicalização política interna em Israel e na Palestina, a transformação do contexto geopolítico regional no Médio Oriente e o aumento da escala e modalidades da violência organizada estrutural.

Desmantelamento do processo de paz

O desmantelamento do processo de paz foi o traço marcante nas duas últimas décadas em consequência da não implementação dos Acordos de Oslo e agravamento da violência política que se iniciou com a eleição de Ariel Sharon (Likud) como Primeiro-Ministro de Israel em 2001 e o novo contexto internacional pós-11 de Setembro. O acordo de paz de Oslo I de 1993¹ marcou o início de um processo político com claras fragilidades, sob mediação dos EUA, que visava a paz positiva num conflito de longa duração através da criação de condições de coexistência pacífica e segurança mútua como se afirmava no parágrafo de abertura do acordo “*It is time to put an end to decades of confrontation and conflict*” and “*strive to live in peaceful coexistence and mutual dignity and security and achieve a just, lasting, and comprehensive peace*”.

O Acordo de Oslo II de 1995² procurou operacionalizar o processo de paz através da criação e reconhecimento da Autoridade Palestiniana (AP) e a

¹ Formalmente “Declaration of Principles on Palestinian Self-Rule” celebrado entre o Estado de Israel e a Organização de Libertação da Palestina (OLP) e assinado em Washington em 13.9.1993 (disponível em https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/IL%20PS_930913_DeclarationPrinciplesnterimSelf-Government%28Oslo%20Accord%29.pdf).

² Formalmente designado por “Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip” assinado em Washington em 28.9.1995 (disponível em <https://>

consagração de poderes de auto-governo limitados exercidos com base em eleições democráticas, como base para a criação do futuro Estado da Palestina, traduzidos num novo modelo transitório de governação de Gaza e da Cisjordânia dividida em 3 tipos de território: zona A sujeita ao controlo civil e de segurança interna exclusivo da AP, cabendo a Israel a segurança externa (18% do território no caso da Cisjordânia); a zona B sujeita a uma partilha entre a AP, responsável pelo controlo civil, e Israel responsável pelo controlo de segurança interna e externa (22% território); e a zona C sob controlo exclusivo de Israel (correspondendo à maioria do território da Cisjordânia 60%).

Importa salientar que a ideia de criação de um Estado Palestiniano e a coexistência de Dois Estados conforme a Resolução da Assembleia Geral da ONU 181 de 1947 pareceu logo de início potencialmente comprometida em consequência de dois factores essenciais. Primeiro, o problema de descontinuidade territorial e fragmentação geográfica das áreas controladas pela AP na Cisjordânia e em Gaza coloca em causa a existência de um território viável um dos critérios de *statehood* essenciais; segundo, a inexistência de consenso sobre as quatro questões mais controversas e críticas ausentes do acordo e relegadas para momento posterior a serem sujeitas a um processo de negociação - estatuto Jerusalém, fronteiras permanentes, colonatos judaicos, retorno refugiados palestinianos – sem as quais uma solução estável e coexistência pacífica duradoura é inviável. Durante o processo de implementação entre 1993 e 2001 não se registou avanço nem foi solucionada qualquer destas questões.

A vitória do Likud e a eleição de Ariel Sharon como primeiro-ministro de Israel em 2001, determinou a interrupção do processo de paz, que contava com a oposição dos sectores mais conservadores do Likud e da extrema-direita, e iniciou o respectivo desmantelamento. Sharon que era apoiante da expansão dos colonatos e enquanto ministro da defesa tinha ficado associado aos massacres de Sabra e Shatila que vitimaram refugiados palestinianos, foi protagonista da controversa visita à Esplanada das Mesquitas, o complexo de Al-Aqsa no Temple Mount, que despoletou a segunda Intifada. Para além do predomínio político em Israel dos sectores que se opõem à paz e persistem na defesa de um único Estado, outros factores contribuíram igualmente para o esvaziamento do processo, designadamente a fragmentação e fragilização da parte palestiniana, a crise da mediação internacional dos EUA e a radicalização política em Israel.

Um aspecto essencial relaciona-se com a fragmentação e fragilização da parte Palestiniana em resultado do conflito aberto no seio da Organização de

Libertação da Palestina (OLP), dominado pela competição entre a Fatah e o Hamas, mas que envolve ainda outras fações dentro da OLP, e que entre 2006-2007 colocou em crise a unidade e capacidade negocial da parte palestiniana. Estão em confronto duas posições irreconciliáveis: a Fatah que apoia o processo de paz, a solução dos dois Estados e renunciou à violência; o Hamas (Islamic Resistance movement),³ grupo que combina o nacionalismo palestiniano e o fundamentalismo islâmico,⁴ em clara oposição ao processo de paz e colocando em causa a existência do Estado de Israel advogando a criação de um Estado islâmico em todo o território histórico da Palestina. Contudo, a partir de 2017 o Hamas procedeu a uma revisão da sua carta original mais radical de 1988 aprovando um documento⁵ que tem sido interpretado como um sinal de moderação.⁶ Por razões táticas, neste documento o Hamas aceita a criação do Estado Palestino em Gaza e Cisjordânia no curto prazo (para.20) sinalizando a aceitação da solução de “dois Estados” como medida temporária aceitável, mas continuando a negar a legitimidade de Israel, esclarecendo que a sua luta é anti-sionista mas não anti-semita, contra o “projecto sionista” e não contra os judeus (para.16) e manifestando intenção de construir instituições políticas palestinianas baseadas em princípios democráticos (para.30).

Na sequência da vitória do Hamas nas eleições legislativas de 2006 em que garantiu o controlo do *Palestinian Legislative Council*, o conflito aberto entre a Fatah secular e o Hamas islamista determinou a bifurcação da liderança palestiniana com a divisão do controlo sobre os territórios palestinianos ficando a Cisjordânia sob domínio da Fatah que reteve a presidência da AP, enquanto Gaza passou a ser controlada *de facto* pelo Hamas a partir de 2007 quando

³ O Hamas foi criado em 1987 em Gaza durante a primeira Intifada palestiniana, formado a partir da Muslim Brotherhood influenciada pela corrente do Khârijism no seio do Islão, e é um movimento islamista sunnita curiosamente apoiado pelo Irão shiita obtendo também apoio financeiro de diversos Estados do Golfo. Sobre este aparente paradoxo ver Ehud Yaari, 2010, “Sunni Hamas and Shiite Iran Form a common political theology”, Policy Watch 1716, The Washington Institute for the Near East Policy (disponível em <https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/sunni-hamas-and-shiite-iran-form-common-political-theology>, acesso 2.4.2024).

⁴ Contrariamente ao discurso de Israel que identifica o Hamas com o ISIS, o movimento palestiniano apresenta diversas diferenças com outros grupos islâmicos sunnitas como a Al-Qaeda, ISIS ou os Taliban na medida em que não implementa a sharia em Gaza, tem uma vocação nacionalista e não global; é apoiado pelo Irão shiita; combate a Jihad islâmica; admite princípios democráticos e participação democrática.

⁵ Document On General Principles and Policies, Politburo do Hamas, que contém 42 artigos (disponível <https://www.middleeasteye.net/news/hamas-2017-document-full>) e que alterou vários aspectos da carta de 1988.

⁶ Centre for Strategic and International Studies “Why Hamas Attacked when it did”, commentary Daniel Byman e Mackenzie Holtz CSIS, 6.12.2023 (disponível <https://www.csis.org/analysis/why-hamas-attacked-when-it-did>).

tomou pela força as funções da AP o que determinou o seu afastamento da AP na Cisjordânia. O resultado essencial deste processo foi o declínio da AP e erosão da sua liderança e a capacidade política como interlocutora, e a fragilização política da parte palestiniana que presentemente carece de legitimidade democrática uma vez que não se realizaram quaisquer eleições desde aquela data. Face a este cenário algumas tentativas, sem sucesso, foram ensaiadas para promover a reconciliação entre as partes como sucedeu em Outubro de 2022 quando 14 fações palestinianas reflectindo o elevado nível de fragmentação, entre as quais a Fatah e o Hamas, procuraram resolver de forma coordenada os problemas de fragmentação e da ilegitimidade estabelecendo um compromisso na Declaração de Argel que, para além de tentar promover a unidade e reconciliação inter-palestiniana, também procurou reforçar a legitimidade estabelecendo o prazo de um ano para a realização de eleições presidenciais e legislativas.⁷

Radicalização política e *democratic decay*

A segunda tendência estrutural consistiu no aprofundamento da radicalização política quer do lado Israelita quer do lado Palestiniano. Em Israel a consolidação do poder da ala mais radical do Likud liderada por Netanyahu, a par do crescimento da extrema-direita ultra-ortodoxa que se opõe à solução de “Dois Estados” e à criação de um Estado Palestiniano e defende a ocupação definitiva do território da Palestina, território bíblico atribuído por Deus ao povo judeu, e a consequente expulsão dos palestinianos. Nas eleições de 2022 os quatro partidos de extrema-direita religiosos e ultra-ortodoxos obtiveram resultados históricos, Religion Zionist Party (10.84% e 14 deputados), Shas Party (8.25% e 11 deputados), United Torah Judaism (5.88% e 7 deputados) e Jewish Power Party (1.19%), e em conjunto mobilizaram 25% dos votos, a votação mais expressiva de sempre, sendo essenciais na coligação que sustenta o governo de Netanyahu.⁸

No lado Palestiniano, a radicalização decorre quer da crescente influência política do Hamas que se opõe ao processo de paz e à negociação política e aposta na estratégia do terrorismo e uso da força para combater Israel e a

⁷ Formalmente “Algerian document for Palestinian reconciliation” de 13.10.2022.

⁸ Alguns dos líderes destes partidos de extrema-direita integram o Governo Israelita, designadamente Bezalel Smotrich (RZP) um colono ilegal na Cisjordânia, como ministro das Finanças; Arie Deri (Shas) como ministro do Interior e da Saúde; Yitzhak Goldknopf (United Torah) como ministro da Habitação e da Construção; Itamar Ben-Gvir, colono ilegal na Cisjordânia, condenado no passado por incitamento ao racismo, destruição de propriedade e apoio a uma organização terrorista o grupo Kach, como ministro da Segurança Nacional – vd Times of Israel 29.12.2022 (disponível em <https://www.timesofisrael.com/whos-who-in-the-new-netanyahu-led-government/>).

ocupação dos territórios palestinianos, visão estimulada pelos efeitos da retirada de Israel e desocupação do Sul do Líbano em 2000, quer do reforço dentro do Hamas da influência do seu braço militar mais radical, as brigadas Izz al Din al Qassam,⁹ em detrimento do braço político e social correspondente ao Politburo, liderado por Ismail Haniyeh e eleito pelo Shura Council. Uma manifestação do dualismo e divisão interna entre fações radical e moderada, com a divergência de perspectivas de Haniyeh and Sinwar, traduziu-se no facto de alguns observadores alegarem que o ataque de Outubro de 2023 ter sido lançado pelo braço militar sem o pleno conhecimento e aprovação do braço político e da facção moderada.¹⁰

Em consequência, verificou-se a perda de influência da facção mais moderada Fatah- Abbas-Autoridade Palestiniana que perde apoio popular e legitimidade, em parte como resultado da estratégia deliberada de Israel de fragilização e isolamento da AP, como forma de esvaziar a única entidade reconhecida internacionalmente como representante do povo palestiniano no exercício do seu direito à auto-determinação, e de fomentar a radicalização, o que reforça e “legitima” a agenda dos radicais em Israel. A responsabilidade de Israel na criação e financiamento do Hamas no final da década de 70 está comprovada e foi detalhadamente explicada pelo Brigadeiro General Yitzhak Segev, governador militar de Gaza no inicio dos anos 80, na entrevista que concedeu ao jornalista David Shipler do New York Times,¹¹ em que reconhece ter financiado o grupo islamista como contrapeso aos secularistas da OLP, em especial ao partido Fatah liderado por Yasser Arafat, por forma a minar o processo de paz iniciado com o acordo de Camp David. Esta ideia é corroborada por outro responsável israelita em Gaza, Avner Cohen, em entrevista ao Wall Street Journal.¹²

A degradação da democracia é a causa estrutural da radicalização e um factor central do conflito. Apesar do funcionamento da democracia formal em Israel, a democracia substantiva está em profunda crise, com governos que deliberadamente violam os direitos humanos e defendem políticas de apartheid

⁹ As brigadas Izz al Din al Qassam com cerca de 25.000 – 40.000 combatentes são lideradas por Muhammad Deif e Marwan Issa.

¹⁰ Nashaat Aqtash, of Birzeit University na Cisjordânia (disponível em <https://www.barrons.com/news/hamas-twin-power-structure-complicates-gaza-truce-talks-3cc66e99>).

¹¹ David Shipler, 2015, *Arab and Jew: wounded spirits in a promised land*, Broadway Books, New York, 2nd revised edition, pp.221.

¹² Avner Cohen responsável israelita por questões religiosas em Gaza afirmou que "Hamas, to my great regret, is Israel's creation" e que em vez de ter contido a expansão dos islamistas em Gaza, Israel apoiou o seu crescimento para enfraquecer a facção secular e moderada da Fatah vd. entrevista ao Wall Street Journal *How Israel helped to spawn Hamas*, Andrew Higgins, 24.1.2009.

e discriminação racial em tudo contrárias aos valores democráticos, e refém de uma estratégia de violência que limita a liberdade dos cidadãos. Mais recentemente, as tentativas de Netanyahu de controlo sobre o poder judicial revelam um autoritarismo nascente que põe em causa a separação de poderes. Do lado palestiniano a frágil experiência democrática iniciada em 2006 foi abruptamente interrompida na sequência da vitória do Hamas, em eleições consideradas justas, com a comunidade internacional a não apostar no efeito moderador da experiência democrática. Em consequência, quer a AP quer o Hamas encontram-se fortemente fragilizados pela falta de legitimidade democrática dado que não se realizaram mais eleições livres desde 2006.

Em suma, através da exploração sem limites da componente religiosa do conflito israelo-palestiniano, os radicais de ambos os lados têm-se radicalizado mutuamente e neutralizado politicamente as façôes moderadas quer em Israel, nomeadamente a esquerda cuja estratégia de “terra por paz” deixou de ter apoio eleitoral face à violência crescente, quer na Palestina, com o objectivo comum de destruir o processo de paz.

Alteração contexto geopolítico regional

A terceira transformação envolve a alteração do contexto internacional que se tornou mais complexo e desfavorável à paz após o 11 de Setembro 2001. O processo de paz foi em boa medida facilitado pelo novo contexto do pós-Guerra Fria com o reforço da hegemonia dos EUA e a desintegração da URSS o que reduziu tensões no Médio Oriente. O apoio da OLP a Saddam Hussein permitiu aos EUA maior *leverage* na pressão sobre Yasser Arafat para se envolver no processo de paz. Contudo, a partir de meados dos anos 2000, o quadro geopolítico alterou-se marcado pelo declínio da influência dos EUA no Médio Oriente e erosão do soft power, em parte em resultado do insucesso da intervenção ilícita no Iraque.

Em sentido inverso, registou-se um crescimento da influência da China e Rússia na região, aliados do Irão e integrando todos a aliança de autocracias liderada por Pequim, alimentando o processo de nuclearização e proliferação, com a nuclearização *de facto* de Israel e a tentativa do Irão se tornar um poder nuclear agravando a tensão com Washington e com o seu principal aliado regional Israel. Esta tensão intensificou-se com o conflito estrutural no seio do mundo islâmico entre a Arábia Saudita, líder da corrente sunnita, e o Irão, líder da corrente shiita, e a competição pelo estatuto de potência regional a qual conheceu recentemente um desenvolvimento significativo e entrou numa nova fase com o acordo histórico entre Riade e Teerão de Março de 2023, sob mediação da China, formalizado numa declaração conjunta tripartida que levou

ao restabelecimento de relações diplomáticas, contribuindo para o reforço do protagonismo e influência de Pequim na região do Golfo.¹³

Este processo contribuiu para uma forte erosão e perda de legitimidade da mediação internacional dos EUA que perdeu credibilidade como mediador imparcial na sequência da invasão do Iraque e do aumento de tensão com o mundo islâmico, da perda de influência no Médio Oriente com a crescente influência da China e da Rússia, e mais recentemente do impacto desastroso da política parcial da Administração Trump com o reconhecimento em 2017 de Jerusalém como capital de Israel e a apresentação de um plano de paz em 2020 claramente inaceitável para a parte Palestiniana.

Intensificação da violência organizada

A quarta tendência estrutural relaciona-se com o aumento da escala e diversificação das modalidades de violência organizada alimentando um processo de violação em grande escala de direitos humanos. Neste domínio, para além dos meios tradicionais de violência organizada envolvendo os ataques terroristas e operações militares do Hamas em Israel e operações militares limitadas de Israel em Gaza e Cisjordânia que provocam crescente número de vítimas, desenvolveu-se um bloqueio terrestre, marítimo e aéreo a Gaza após o Hamas ter assumido controlo do território em 2007 o que provocou nos últimos anos uma crise humanitária permanente de grande escala num “campo de concentração” com mais de 2.2 milhões de pessoas. Por exemplo, a população de Gaza não tem energia eléctrica durante metade do dia desde 2019, há falta crónica de água e 97% da água nas torneiras não é segura e não pode ser consumida, a taxa de desemprego é de 45% e 70% das famílias dependem de ajuda internacional e ONGs para sobreviver. Este processo minou a credibilidade política do, e o apoio popular ao Hamas pelo que o movimento recorreu às suas credenciais revolucionárias e de violência para reverter o processo de declínio da base de apoio popular.¹⁴

¹³ Declaração Conjunta tripartida entre Irão, Arábia Saudita e China de 10.3.2023 (disponível em <https://www.spa.gov.sa/w1867376>).

¹⁴ Centre for Strategic and International Studies, “Why Hamas Attacked when it did”, commentary Daniel Byman e Mackenzie Holtz CSIS, 6.12.2023 (disponível <https://www.csis.org/analysis/why-hamas-attacked-when-it-did>). Segundo estudos de opinião do Palestinian Center for Public Opinion Julho 8-27, 2023, em Gaza apenas 58% da população tem uma visão positiva do Hamas; 72% consideram que o Hamas não foi capaz de melhorar a vida dos palestinianos; uma maioria de 70% considera que a Autoridade Palestiniana deveria enviar representantes para assumir a administração de Gaza; 46% acham que a vida seria melhor se estivessem integrados em Israel do que em territórios geridos pela AP ou pelo Hamas – vd. Fikra Forum, Washington Institute for Near East Policy, Brief Analysis 11.9.2023 (disponível <https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/support-mass-protest-rise-gaza-and-west-bank>).

Para além disso, desenvolveram-se novas estratégias de violência comunitária assente na utilização de civis, intensificada pela política de colonatos israelitas que têm vindo a aumentar de forma permanente crescendo de 110 colonatos e 460.000 colonos em 2005, ano em que se verificou um recuo na política de colonatos com a extinção dos 21 colonatos de Gaza e de 4 colonatos na Cisjordânia, para 147 colonatos e um total de 695.400 colonos na Cisjordânia e Jerusalém Oriental em 2021.¹⁵ Para além destes colonatos “legais” (*settlements*) face à lei israelita, Israel iniciou nos anos 90 uma nova categoria de colonatos ilegais (*outposts*) à luz do direito israelita, que após suspensão em 2005 foi revitalizada por Netanyahu a partir de 2012 contabilizando 191 em 2023, quase o dobro dos 99 existentes em 2005, associados a níveis elevados de violência organizada por parte de colonos contra palestinianos e infra-estruturas com a cobertura das forças armadas israelitas.¹⁶

Tal implica a existência em 2023 de um total de 338 colonatos, incluindo *settlements* and *outposts*, todos ilegais à luz do direito internacional, que para além de concretizarem um processo de ocupação de território e expulsão dos palestinianos, também efectivam o processo de violência contra a população palestiniana em que a fronteira entre violência do Estado e a violência dos colonos se tem esbatido. Alguns colonos que integram “settlement defence squads” e “regional defence battallions” estão envolvidos em ataques usando uniformes das forças de segurança israelitas, uniformes militares e utilizando armas do exército israelita.¹⁷

A intensificação da política de colonatos foi uma das prioridades do Governo de Netanyahu que iniciou funções no final de 2022, e que inclui diversos colonos como ministros, fomentando a expansão dos colonatos ilegais com a criação de

¹⁵ Organização PeaceNow, 2024 Settlements watch, data (disponível em <https://peacenow.org.il/en/settlements-watch/settlements-data/population>)

¹⁶ A ONU registou só entre 7-31 Outubro 2023, um total de 203 ataques de colonos contra palestinianos de que resultaram 8 mortos entre a população palestiniana e nos primeiros nove meses de 2023 um total de 835 incidentes de violência dos colonos vd. Office of the UN High Commissioner for Human Rights, Report “Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem and in the occupied Syrian Golan”, 1 February 2024 doc A/HRC/55/72 (disponível em <https://www.ohchr.org/en/documents/repo/rts/ahrc5572-israeli-settlements-occupied-palestinian-territory-including-east>).

¹⁷ UN High Commissioner for Human Rights, Report “Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem and in the occupied Syrian Golan” A/HRC/55/72, 1.2.2024 (disponível em <https://www.ohchr.org/en/documents/reports/ahrc5572-israeli-settlements-occupied-palestinian-territory-including-east>). A violência contra os palestinianos na Cisjordânia envolveu a destruição de casas e tendas, painéis solares, canos e tanques de água e ameaça com armas de fogo.

26 novos *outposts* só em 2023, o mais elevado de sempre, e mais 9 em 2024,¹⁸ alimentado desta forma o processo de conflito com o poder judicial e o Supremo Tribunal de Justiça, sobretudo à volta dos colonatos ilegais (*outposts*) e do projecto de anexação da Cisjordânia. Tal constitui um sintoma grave da erosão da democracia em Israel e do aumento dos sinais de autoritarismo traduzida na intenção de Netanyahu controlar a nomeação de juízes comprometendo deste modo a independência do poder judicial.

Finalmente, a evolução do conflito foi também marcada pelo crescente recurso à *Lawfare* como dimensão não-militar da estratégia quer por parte de Israel quer do Hamas, procurando obter resultados no domínio da segurança sem utilizar a força.

2. *Lawfare* como dimensão integrante da Estratégia e o conflito Israel-Palestina

O direito internacional tem vindo a ser integrado como componente integrante da Estratégia, um meio não-militar da mesma, sendo objecto de crescente atenção a emergência da *Lawfare* como alternativa à *Warfare* de modo a atingir objectivos políticos sem uso da força, usando o direito para atingir objectivos que anteriormente eram alcançados apenas através do uso da força. Tal representa um alargamento dos meios da Grande Estratégia que geralmente estão concentrados nas quatro dimensões envolvidas no DIME (Diplomacy, Information, Military, Economics), o que traduz a crescente diversificação dos instrumentos de poder nacional envolvendo quer instrumentos tangíveis (recursos humanos, financeiros e materiais) quer intangíveis (legitimidade, soft power).

Os Estados usam a *Lawfare*, instrumentalizando o direito internacional para atingir objectivos de segurança, nas palavras de Dunlap “*the strategy of using – or misusing – law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective*” (Dunlap, 2008) quer numa perspectiva pontual *ad hoc*, para explorar o gap entre a guerra e paz e colocar forças militares não-estatais no campo de batalha (empresas militares privadas, fornecedores), quer numa perspectiva estrutural incorporando a *Lawfare* no planeamento da Estratégia como sucede no caso da China.

A ascensão da *Lawfare* é explicada por Kittrie como o resultado da interacção entre três factores: o aumento do número de instrumentos de direito

¹⁸ PeaceNow 2024 Settlements watch, data (disponível em <https://peacenow.org.il/en/settlements-watch/settlements-data/population>)

internacional e de tribunais internacionais, a crescente influência de ONGs focadas sobre o Direito do Conflitos Armados (LOAC) e o reforço da interdependência no contexto do processo de globalização (Kittrie, 2016). Para além destes factores, também deve ser considerada como relevante a crescente percepção sobre as limitações e declínio da eficácia do instrumento militar o que gera maior pressão no recurso aos meios não-militares da Estratégia.

Um exemplo paradigmático de recurso à *Lawfare* foi o uso por parte de grupos radicais islâmicos de processos judiciais contra críticos do terrorismo, visando os direitos humanos de cidadãos na Europa e EUA, e procurando atingir dois objectivos fundamentais: por um lado abolir o discurso público critico do Islamismo radical; por outro, impedir a livre circulação de informação sobre as ameaças terroristas e meios de financiamento desta forma limitando a capacidade para compreender e combater o fenómeno (Goldstein e Meyer, 2009). Estes processos predatórios constituem uma manifestação da “soft jihad” ou “legal jihad” que utiliza meios legais como arma contra peritos de contra-terrorismo, agentes de forças policiais, políticos, autores, meios de comunicação social, para constranger a liberdade de expressão. Aqui a *Lawfare* funciona como uma campanha legal nos tribunais nacionais e internacionais, que complementa o terrorismo e a guerra assimétrica, como sucedeu nos casos do processo contra Matthew Levitt e a sua editora Yale University Press movido pela organização Kids In Need of Development and Relief, Inc. (KinderUSA) por causa do livro “Hamas” em que o autor identifica aquela organização como um mecanismo de financiamento do terrorismo; ou o caso do processo no Reino Unido contra a Cambridge University Press movido por um empresário saudita Khalid bin Mahfouz, acusado de financiar a Al Qaeda no livro “Alms for Jihad” levando a editora britânica a apresentar desculpas, retirar o livro do mercado, destruir as cópias existentes e solicitar às bibliotecas a sua recolha (Goldstein e Meyer, 2009).

A *Lawfare* tem sido utilizada por Estados mais frágeis e por actores não-estatais mas também por grandes potências. Um dos casos paradigmáticos é a China que incorporou a *Lawfare* de forma permanente no seu planeamento estratégico desenvolvendo o conceito de “*falu zhan*” ou “*falu zhazheng*”, guerra legal como parte do seu pensamento estratégico incluindo-a como uma das “three warfares” (*san zhan*): public opinion warfare, psychological warfare, and legal warfare” (Cheng, 2012). Neste contexto, na perspectiva chinesa a *Lawfare* é uma “arma ofensiva” que tem como função essencial criar dúvidas nos adversários e na população em geral sobre a legalidade das ações do adversário, diminuindo a vontade política e o apoio e retardando a actividade militar. A China tem usado esta lógica no contexto do conflito no Mar do Sul da China para negar o acesso da navegação internacional aquela região, criando obstáculos à liberdade de navegação em águas internacionais, através da

promoção de uma interpretação deliberadamente errada do direito internacional do mar para prosseguir os seus interesses, defendendo que na Zona Económica Exclusiva das 200 milhas a UNCLOS colocaria restrições ao direito de passagem sendo necessária a aprovação do Estado em causa, pretendendo desta forma reforçar o seu controlo sobre o Mar do Sul da China sem usar a força.

De igual modo, no conflito armado da Ucrânia a Rússia recorreu também à *Lawfare* para fundamentar a ocupação e anexação da Crimeia em 2014, invocando o precedente do Kosovo e da sua independência relativamente à Sérvia com fundamento no direito à auto-determinação, consagrado na Carta e protegido por uma norma de *Jus Gogens*, e adoptando a argumentação dos EUA e da NATO no caso do Kosovo que, curiosamente, Moscovo tinha rejeitado no final dos anos 90. Desta forma, a Rússia manipulou o direito internacional usando a retórica do direito à auto-determinação.

Lawfare e o conflito Israel-Palestina

O conflito Israel-Palestina é um caso paradigmático de uso da *Lawfare*, visto mesmo como um laboratório experimental. Do lado palestiniano, o Hamas recorre há longos anos à estratégia de escudos humanos colocando combatentes no meio dos civis e em alvos civis (hospitais, escolas), facto que é visto por alguns como uso da *Lawfare*, manipulação do direito por beligerantes, ao mesmo tempo que constitui uma violação directa do Direito Internacional Humanitário (DIH), constituindo um acto ilegal. Ao usar alvos civis para esconder armamento e usar civis como escudos humanos, o Hamas pretende aumentar a pressão política sobre Israel para cumprir o DIH na eventual resposta, colocando deliberadamente Israel numa posição bastante dilemática sobre a acção a adoptar com um elevado risco de violação potencial do DIH ao atacar alvos de onde resultarão necessariamente elevados danos colaterais, o que configura uma violação do princípio da proporcionalidade do DIH. Desta forma o Hamas, encontrando-se numa posição de inferioridade em termos de força e capacidade militar, atribui prioridade ao impacto sobre a opinião pública internacional conseguindo deste modo, por via política, condicionar as hostilidades e o uso da força com custos reputacionais elevados para Israel.

Do lado de Israel, o uso da *Lawfare* também tem sido aperfeiçoado, como ilustra o exemplo de 2011 e o objectivo de travar uma pequena frota de barcos que pretendia quebrar o bloqueio imposto por Israel à Faixa de Gaza controlada pelo Hamas. Para o efeito, e por forma a evitar o uso da força com consequências negativas como sucedera em 2010, Israel ameaçou as empresas responsáveis pela prestação de serviços aos barcos que integravam a frota, especialmente as empresas seguradoras, com processos judiciais, invocando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal americano no caso *Holder v.*

Humanitarian Law Project, tendo enviado cartas de advogados às empresas seguradoras argumentando que prestar serviços à frota seria ilegal por implicar apoio ao terrorismo. Esta ação convenceu as empresas a não segurarem os barcos o que impediu a sua navegação pondo fim à ação sem que houvesse recurso ao uso da força (Kittrie, 2016. pp. 313-314).

O recurso à *Lawfare* por parte de Israel tem-se concretizado em três domínios fundamentais envolvendo a manipulação e distorção das regras do direito internacional ou a exploração de ambiguidades na sua aplicação com vista a influenciar a opinião pública interna e internacional suscitando duvidas sobre a legalidade das ações de Israel: (i) a ocupação dos territórios palestinianos (TPO) e o estatuto de “occupying power”; (ii) o conteúdo e fronteiras entre os regimes de *law enforcement* e de conflito armado; (iii) a regulação dos conflitos armados e a aplicabilidade do DIDH e do DIH.

Ocupação dos territórios palestinianos e o estatuto de “Occupying Power”

Relativamente ao primeiro aspecto, Israel tem explorado a ambiguidade sobre a questão da ocupação dos territórios palestinianos afirmando que não se tratam de “occupied territories” mas antes de “disputed territories” recorrendo a dois argumentos interligados. Em primeiro lugar, contestando a ilegalidade da ocupação dos territórios palestinianos após a guerra de 1967 – Cisjordânia, Gaza, Jerusalém Oriental e Península do Sinai - invocando que os territórios não integravam o território de nenhum Estado soberano antes de 1967, encontrando-se apenas controlados *de facto* pela Jordânia (Cisjordânia e Jerusalém Oriental) e pelo Egito (Faixa de Gaza e Península do Sinai). Em segundo lugar argumentando que não se verifica o pressuposto de aplicação do art. 49 para. 6 da IV Convenção de Genebra porque existe movimentação voluntária da população israelita para os territórios e não transferência forçada.

No que respeita ao argumento de que os TPO não integravam o território soberano de outro Estado, procurando afastar a ilegalidade pelo facto de nenhum Estado soberano ver os seus direitos violados, não tem qualquer fundamento à luz do direito internacional. Importa referir que os TPO nunca integraram o território soberano de Israel tal como é reconhecido internacionalmente. Por outro lado, porque este território não é *res nullius* nem susceptível de ser anexado, está antes sob um regime internacional *sui generis* de reserva como território de um Estado em processo de criação sob os auspícios da ONU, sem contudo estar integrado na lista de Non-Self Governing Territories, estando pendente o exercício do direito à auto-determinação pelo povo palestiniano. Entre 1920 e 1948 a Palestina foi um território sob o sistema internacional de Mandato da Sociedade das Nações (classe A com condições para independência), “Mandatory Palestine” fundado no art. 22º da sua Carta e

aplicado a Non-Self-Governing Territories, com o Reino Unido como “mandatory power” da Palestina e Transjordânia, tendo essas responsabilidades transitado para a ONU em 1946. Face ao fim do mandato britânico, as Nações Unidas elaboraram o *UN Partition Plan for Palestine* que recomendou a partilha da Mandatory Palestine o qual veio a ser aprovado pela Assembleia Geral da ONU como Resolução 181 de 1947¹⁹ apontando para a criação de dois Estados.

A questão que torna a ocupação ilegal é o facto de ter sido obtida através do uso da força, e se ter prolongado por um longo período de tempo não se configurando como uma ocupação transitória no contexto de um conflito armado. Acresce que Israel tem impedido, como reconheceu o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) na sua Advisory Opinion de 9 Julho 2004²⁰ sobre *Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, o exercício do direito à auto-determinação do povo palestiniano,²¹ um direito *erga omnes* consagrado na Carta das Nações Unidas (art. 1º (2) e 55º) e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos (art.1º) e Direitos Económicos Sociais e Culturais (art.1º) e protegido por uma norma de *jus cogens*. Neste contexto, Israel viola não só o direito à auto-determinação mas também a soberania territorial palestiniana através da anexação, fragmentação territorial e transferência da população civil israelita para o território ocupado. O estado de conflito armado é o paradigma invocado por Israel, mas na realidade o que está em causa é um processo de colonização da Palestina e de afastamento dos palestinianos dos TPO de modo a impedir o exercício do direito à auto-determinação e a criação do Estado da Palestina.

¹⁹ Resolução da AGNU A/RES/181(II) of 29 November 1947.

²⁰ ICJ Advisory Opinion “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory”, 9 July 2004 (acessível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>, consultada 30.9.2023).

²¹ A ONU em particular o Conselho de Segurança tem em diversas ocasiões reiterado o reconhecimento do direito à auto-determinação do povo Palestino, por exemplo em 2022 (Repertoire of the Practice of the Security Council 25th Supplement 2022, disponível em https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/25th_suppl_part_iii_advance_version.pdf#page=5) e em 2020 (Repertoire of the Practice of the Security Council 23rd Supplement 2020 disponível em https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/repertoire_23rd_supplement.pdf#page=279). Também o Human Rights Council tem deliberado nesse sentido sendo a mais recente deliberação de 2023 “Right of the Palestinian people to self-determination: resolution / adopted by the Human Rights Council on 4 April 2023, A/HRC/RES/52/34 aprovada por 41 votos, 3 contra (EUA, Reino unido e Chéquia) e 3 abstenções. Ao longo de mais de 70 anos diversas resoluções foram aprovadas pela AGNU (g General Assembly resolutions 181 A and B (II) of 29 November 1947 and 194 (III) of 11 December 1948, 67/19 of 29 November 2012), pelo CSNU (Security Council resolutions 242 (1967) of 22 November 1967, 338 (1973) of 22 October 1973, 1397 (2002) of 12 March 2002 and 1402 (2002) of 30 March 2002).

Relativamente ao art. 49º para. 6 da IV Convenção de Genebra, que é também uma regra de costume internacional codificada pelo CICV como regra 130, a posição dominante da jurisprudência internacional e da doutrina, nomeadamente do CICV, é que ele proíbe que Israel promova a transferência dos elementos da sua população civil para ocuparem os TPO, em especial a Cisjordânia. A referência a “*transfer*” e “*deport*” no para. 6 é diferente das mesmas referências no para. 1 do artigo, já que não estão em causa pessoas protegidas mas sim movimentos de nacionais do “*Occupying Power*”.²² Esta questão é decisiva uma vez que em relação ao para. 1 se proíbe as “*transferências forçadas*” de pessoas protegidas, admitindo como legais as transferências voluntárias, não tendo qualquer sentido aplicar esta lógica ao para. 6 como faz Israel invocando que os movimentos das populações civis israelitas são voluntários e não forçados, por conseguinte não proibidos.

Contrariamente ao argumento de Israel, o art. 49º para. 6 proíbe quaisquer movimentos de populações civis, forçados ou voluntários, de nacionais do “*Occupying Power*” para os territórios ocupados sendo a *ratio* da norma impedir um processo de colonização à semelhança do que foi a prática de certas potências durante a II Guerra Mundial as quais utilizaram as suas populações para ocuparem, por razões políticas e raciais, os territórios inimigos. Tal proibição resulta também da regra de costume internacional codificada pelo CICV como regra 130.

Nestes termos, a criação de colonatos e o movimento de colonos israelitas são ilegais por violarem o direito internacional, designadamente o art. 49º para. 6 da IV Convenção de Genebra que proíbe os movimentos, quer forçados quer voluntários, de nacionais de Israel para se estabelecerem nos TPO, em especial na Cisjordânia e em Jerusalém Oriental onde este processo continua activo depois da eliminação dos colonatos em Gaza em 2005. A ilegalidade dos colonatos face ao direito internacional foi claramente reconhecida em diversas resoluções do Conselho de Segurança da ONU, designadamente na Res 2334 (2016) bem como noutras anteriores Res 465, 476, 478 (1980). Importa salientar que Israel violou igualmente o art. 49º para. 1 na medida em que promoveu a deportação e transferência forçada de população palestiniana para fora dos TPO alimentando o número dos refugiados palestinianos espalhados por diversos países formando uma diáspora superior a 6 milhões de pessoas,

²² ICRC Commentary 1958 (available at <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geiv-1949/article-49/commentary/1958?activeTab=undefined>)

com mais de metade (58%) concentradas em três países, Jordânia, Síria e Líbano.²³

Existe igualmente uma obrigação de Israel controlar e impedir os movimentos “voluntários” de colonos como decorre da interpretação do art. 1º da IV Convenção de Genebra onde está prevista uma obrigação jurídica ampla de o Estado parte “respeitar”, mas também “garantir o respeito” pelas normas das Convenções. Entende-se que esta norma tem efeito vertical o que significa que os Estados devem garantir o respeito quer relativamente a condutas atribuíveis ao Estado ou entidades sob o seu controlo, quer de condutas de cidadãos particulares, da população no seu todo como decorre da interpretação defendida pela Noruega na Conferência Diplomática de Genebra e que recebeu apoio alargado,²⁴ resultando tal efeito igualmente da regra de costume internacional relevante codificada pelo CICV como regra 139.²⁵ Importa referir que Israel não se limita a não impedir os colonos israelitas de se deslocarem para os TPO, o que configuraria já uma clara violação, dado que na realidade promove activamente e incentiva o movimento quer através de mobilização política dos partidos de extrema-direita quer, sobretudo, de um mecanismo mais informal de atribuição de incentivos económicos significativos (habitação, empregos) para cidadãos israelitas se tornarem colonos pelo que uma parte significativa destes não são necessariamente radicais religiosos como frequentemente tendem a ser caracterizados, fundamentando a distinção entre colonatos ideológicos e colonatos não-ideológicos estabelecida pela Organização PeaceNow.

As resoluções do Conselho de Segurança da ONU 681 (1990) e 904 (1994) afirmam de forma inequivoca que a IV Convenção de Genebra e o direito internacional de ocupação se aplica aos TPO após 1967. O conceito de ocupação no direito internacional está claramente definido no art.42º da IV Convenção de Haia de 1907 “territory is considered occupied when it is

²³ UNRWA Statistics, UNWRA Registration Data Dashboard, 2023 estima existirem cerca de 2.4 milhões de refugiados palestinianos na Jordânia, 584.000 na Síria e 490.000 no Líbano, e ainda 1.5 milhões em Gaza e 904.000 na Cisjordânia (disponível em <https://www.unrwa.org/what-we-do/relief-and-social-services/unrwa-registered-population-on-dashboard>, acedido 3.4.2024).

²⁴ Minutas Conferência Diplomática Convenções de Genebra, “Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949” vol II section B, Ninth Meeting 25.5.1949, page 53 (disponível em https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/llmlp/Dipl-Conf-1949-Final_Vol-2-B/Dipl-Conf-1949-Final_Vol-2-B.pdf O representante da Noruega, Mr. Castberg, declarou que a obrigação de “undertake to ensure respect” deveria ser interpretada como “considered that the object of this Article was to ensure respect of the Conventions by the population as a whole”, posição que foi secundada pelo representante dos EUA.

²⁵ Customary IHL database, ICRC, comentários (https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule139#Fn_DD225D4C_00021).

actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised.”. Embora Israel não seja parte desta Convenção, considera-se que esta disposição reflecte costume internacional pelo que o Estado de Israel está vinculado a este conceito.

Relativamente a Gaza, Israel retirou as suas tropas em 2005 por decisão do governo de Ariel Sharon (que como líder do Kadima pretendia promover também a retirada unilateral de 2/3 do território da Cisjordânia²⁶), em reacção à Advisory Opinion do TJ de 2004,²⁷ com o objectivo de simular a “desocupação” de modo a poder argumentar que não teria mais o “controlo efectivo” sobre o território nem os deveres internacionais de garantir a segurança e o bem-estar da sua população. De acordo com o Supremo Tribunal de Israel no seu acordão de 2008,²⁸ Israel teria deixado de ter o estatuto de “Occupying Power” referindo que “We should point out in this context that since September 2005 Israel no longer has effective control over what happens in the Gaza Strip...” concluindo “... the State of Israel does not have a general duty to ensure the welfare of the residents of the Gaza Strip or to maintain public order in the Gaza Strip according to the laws of belligerent occupation

²⁶ Times of Israel, Elhanan Miller “Sharon was about to leave two-thirds of the West Bank” 19.2.2013

²⁷ ICJ Advisory Opinion “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory”, 9 July 2004 (acessível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>, consultada 30.9.2023) A argumentação do TJ foi clara, “... The territories situated between the Green Line (see paragraph 72 above) and the former eastern boundary of Palestine under the Mandate were occupied by Israel in 1967 during the armed conflict between Israel and Jordan. Under customary international law, these were therefore occupied territories in which Israel had the status of occupying Power. Subsequent events in these territories, as described in paragraphs 75 to 77 above, have done nothing to alter this situation. All these territories (including East Jerusalem) remain occupied territories and Israel has continued to have the status of occupying Power” (para. 78. Pg.35)

²⁸ Israel High Court of Justice, Judgement, 27.1.2008, “...the State of Israel is under no obligation to allow an unlimited amount of electricity and fuel to enter the Gaza Strip in circumstances in which some of these commodities are in practice being used by the terrorist organizations in order to attack Israeli civilians” afirmado claramente que “We should point out in this context that since September 2005 Israel no longer has effective control over what happens in the Gaza Strip. Military rule that applied in the past in this territory came to an end by a decision of the government, and Israeli soldiers are no longer stationed in the territory on a permanent basis, nor are they in charge of what happens there. In these circumstances, the State of Israel does not have a general duty to ensure the welfare of the residents of the Gaza Strip or to maintain public order in the Gaza Strip according to the laws of belligerent occupation in international law. Neither does Israel have any effective capability, in its present position, of enforcing order and managing civilian life in the Gaza Strip” (para. 12) (disponível em <https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Ahmed%20v.%20Prime%20Minister.pdf>, consultado 5.4.2024).

in international law.”. Por outras palavras, o Supremo Tribunal de Israel considera que o Estado se libertou das obrigações mais robustas de proteção da população de Gaza emergentes do direito internacional da ocupação constituído pela aplicação conjugada da IV Convenção de Haia 1907 (arts.42º a 55º), da IV Convenção de Genebra (arts. 47º a 78º) e das regras de costume internacional codificadas pelo CICV (regras 41, 51, 130).

Contudo, na perspectiva do direito internacional a ocupação não cessou, apesar da retirada das forças militares, dado que Israel mantém o “ controlo efectivo” do território, controlando o acesso por terra, mar e ar bem como o fornecimento de energia, água e alimentos essenciais à vida no território, o que constitui o critério substantivo decisivo. Assim, o território permanece ocupado mesmo sem presença permanente de força armada, considerado como critério não decisivo aos olhos da jurisprudência internacional. Acresce que desde o bloqueio naval imposto por Israel a Gaza em 2009, Israel assumiu efectivamente o controlo do espaço aéreo e do mar territorial de Gaza que são partes integrantes do território, a par da componente continental terrestre, o que significa ocupação efectiva.

A existência ou não de ocupação de Gaza é uma questão de fundo prévia que condiciona a definição do estatuto de Israel e o regime internacional aplicável a vários aspectos fundamentais. No actual contexto de intensificação do conflito depois dos ataques do Hamas de 7 de Outubro 2023, o facto de Israel ser considerado como “occupying power” nos termos do direito internacional, como reconfirmou recentemente a UN Independent International Commission on the Occupied Palestinian territory including East Jerusalem,²⁹ tem duas implicações fundamentais. Primeira, a plenitude e elevada intensidade das obrigações jurídicas de Israel de garantir a ordem pública e segurança (art. 43º IV Convenção Haia), protecção dos direitos à vida, propriedade e liberdade religiosa (art. 46º IV Convenção Haia e art.53º IV Convenção Genebra) e garantir o bem-estar da população de Gaza, designadamente alimentos e material médico (art.55º IV Convenção de Genebra), serviços de saúde e saúde pública (art. 56º), educação (art.50º). Em violação destas obrigações Israel impôs desde 2009 um bloqueio a Gaza. Segunda, a impossibilidade de invocação do direito à legítima defesa, nos termos art. 51º da Carta da ONU, dado que o ataque proveio do território ocupado sob controlo de Israel como

²⁹ Relatório da UN Independent international commission of inquiry to investigate, in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem, and in Israel, 5.9.2023 A/78/198, para.5. A Comissão Internacional foi criada pela Resolução do Conselho de Direitos Humanos S-30/1 on ensuring respect for international human rights law and international humanitarian law in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem, and in Israel (disponível <https://undocs.org/A/HRC/RES/S-30/1>).

considerou o TIJ na sua Advisory Opinion de 2004,³⁰ rejeitando o argumento de Israel de que a construção do muro era justificada ao abrigo da legítima defesa nos termos do art.51º da Carta da ONU.

Regimes de *law enforcement* e conflito armado

No que respeita à manipulação do direito internacional na exploração das fronteiras e gaps entre os contextos de *law enforcement* e de conflito armado, verificam-se duas situações distintas. No caso de Gaza a manipulação é mais radical uma vez que Israel ao negar a existência de ocupação, o que é incorrecto, considera que não tem qualquer responsabilidade de manutenção da ordem e segurança no território e consequentemente sustenta que não se coloca a questão do *law enforcement*, sendo apenas aplicável o regime de conflito armado nas relações com o Hamas posição que maximiza a aplicação da força letal. Na realidade, mesmo que não existisse ocupação, haveria sempre lugar à aplicação do regime de *law enforcement* na gestão das relações com populações civis. Diversamente, no caso da Cisjordânia Israel aceita a sua responsabilidade pela manutenção da ordem e segurança interna nas zonas B e C correspondendo a 82% do território, sendo por regra aplicável o regime de *law enforcement*.

O regime de *law enforcement* regulado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é aplicado sempre que se verifiquem alterações da ordem, incluindo terrorismo, e decorre da obrigação de Israel enquanto “occupying power” em todos os TPO de restaurar e manter a ordem e segurança. Este regime é marcado por uma regra fundamental de proibição do uso da força letal que só pode ser usada excepcionalmente como último recurso em situação de legítima defesa ou proteção da vida. Em contraste, no regime do conflito armado o uso da força letal como primeira resposta é lícito no contexto das hostilidades com combatentes palestinianos na Faixa de Gaza aplicando-se simultaneamente o regime do DIH e do DIDH. Mas mesmo aqui a regra é a coexistência da aplicação dos dois regimes, sobretudo no contexto de um conflito armado não-internacional, que têm de ser aplicados de forma rigorosa obrigando os combatentes a adequar a sua acção ao contexto em que operam em cada momento. Numa situação em que num incidente que era claramente de *law enforcement* este escala para uma situação de conflito armado, o *law enforcement* continua a aplicar-se aos civis que não participam directamente nas hostilidades.

Nesta matéria a posição de Israel deturpa a relação entre os dois paradigmas configurando uma acção de *Lawfare* na medida em que defende uma aplicação

³⁰ ICJ Advisory Opinion “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory”, 9 July 2004, paras.138-139

exclusiva do paradigma do conflito armado, absorvendo o regime de *law enforcement*, quando ambos têm de ser aplicados em contexto de conflito armado. Por outro lado, a manipulação pode também consistir em desvios sistemáticos na implementação do regime do *law enforcement* envolvendo repetidamente casos de uso excessivo ou desproporcionado da força, o que é ilegal ultrapassando os limites impostos pelo direito à vida e a proibição de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante.

Regulação dos Conflito armado DIH e DIDH

O terceiro domínio relaciona-se com a regulação dos conflitos armados. Israel sustenta que se aplica exclusivamente o DIH em tempo de guerra e que o DIDH só se aplica em tempo de paz. Apesar de terem surgido no pós-1945 três posições diferentes sobre as relações entre DIH e DIDH – a separatista, a complementarista e a integracionista – após a Conferência de Teerão sobre Direitos Humanos de 1968 e a aprovação da resolução XXIII “Respect for Human Rights in Armed Conflicts”,³¹ a visão complementarista tornou-se dominante determinando que o DIDH vigora quer em tempo de guerra quer em tempo de paz pelo que no contexto do conflito armado se aplicam simultaneamente as regras de DIH e DIDH. Ora Israel defende a posição separatista, deste modo sustentando que em Gaza, onde decorre um conflito armado não-internacional, se aplica exclusivamente o DIH não sendo aplicáveis os instrumentos fundamentais de Direitos Humanos, designadamente o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais ou a Convenção contra a Tortura e o tratamento cruel desumano ou degradante. Esta posição não encontra suporte nem no direito internacional nem na jurisprudência internacional que tem adoptado de forma consistente uma perspectiva complementarista.

Com efeito, o TIJ considera o DIDH aplicável em todo o tempo, quer em tempo de guerra quer de paz, e defende a aplicabilidade simultânea do DIH e DIDH segundo a tese da *lex generalis-lex specialis* apresentada em 1999 na *Advisory Opinion on the Legality of the Use of Nuclear Weapons* (para. 24-25) considerando o DIH como *lex specialis*, aplicado prioritariamente como regra, e o DIDH como *lex generalis* de aplicação marginal, redundando na prática numa solução quase-separatista. Esta posição foi consolidada em 2004 pela *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*³² (para. 178) e pelo acordão on *Case*

³¹ Resolution XXIII "Human Rights in Armed Conflicts" adopted by the International Conference on Human Rights, Tehran, 12 May 1968.

³² ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 9 July 2004, I.C.J. Reports 2004.

Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo – Democratic Republic of Congo vs. Uganda de 2005 (paras. 216-220) que reitera a aplicabilidade do DIDH em conflitos armados e a existência de três possibilidades distintas: matérias exclusivas do DIDH, matérias exclusivas de DIH; matérias de sobreposição que implicam as duas áreas de direito internacional.

O Human Rights Committee reforça o consenso sobre a aplicabilidade simultânea do DIDH e DIH aos conflitos armados embora defenda uma perspectiva distinta do TJI sobre a articulação entre DIH e DIDH explicitada no Comentário Geral 31³³ (para.11) e no Comentário Geral 35 (2014) (para. 64-65) que aponta para uma via de paridade e síntese entre ambos. Neste último comentário geral, o Comité reflecte sobre o regime de derrogação dos direitos humanos no contexto de conflito armado, previsto no art. 4º nº1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, relativamente à liberdade e segurança da pessoa demonstrando como o DIH e DIDH interagem de forma complementar: sendo um direito humano derrogável em contexto de guerra, o Estado não pode derrogar em violação das regras do DIH, ou seja o DIH limita o poder de derrogação do Estado restringindo o seu âmbito e reforçando a preservação do núcleo duro do direito.

Ao defender uma posição absolutamente minoritária, embora sustentada por algumas grandes potências como a China, a Rússia e em certas circunstâncias os EUA, de separação entre DIH e DIDH e regulação exclusiva dos conflitos armados pelo DIH, Israel procura maximizar o uso da força letal, garantir a prevalência da lógica da vantagem e vitória militar e “legitimar” elevados níveis de danos colaterais, ao mesmo tempo que se pretende eximir às obrigações internacionais impostas pelo DIDH de proteção da vida humana, susceptíveis de limitarem a sua acção quer no âmbito do contexto do conflito armado quer do contexto de *law enforcement* que, como analisado previamente, Israel procura esvaziar para tudo tratar ao abrigo do paradigma do conflito armado permanente.

3. O conflito armado *high-level warfare* pós 7.10.2023

O conflito entre Israel e o Hamas constitui um conflito armado não-internacional, nos termos do art. 3º comum das Convenções de Genebra de 1949, regulado pelo art.3º comum, pelo Protocolo Adicional II, pelas regras de costume internacional aplicáveis (148 das 161 identificadas pelo CICV) e pelo direito interno do território onde decorre o conflito. A questão da qualificação

³³ Committee on Human Rights, General Comment 31 CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 May 2004

suscita alguma polémica na medida em que, se se aceitar a tese da existência do Estado da Palestina, então teríamos também em curso, em simultâneo, um conflito armado internacional ainda que restrito apenas a uma parte do território, nos termos do art.2º das Convenções de Genebra, entre Israel e a Palestina, regulado pelas 4 Convenções de Genebra, pelo Protocolo Adicional I e pelas regras de costume internacional. Estariamos, nesta hipótese, perante um conflito armado dual,³⁴ em que coexistem dois conflitos armados de natureza distinta, tese que curiosamente foi sustentada pelo Procurador do TPI na sua comunicação de 20.5.2024 sobre o requerimento da emissão de mandados de captura contra líderes de Israel e do Hamas.

A existência efectiva do Estado da Palestina, não o direito a ser criado pelo exercício do direito à auto-determinação do povo palestiniano, é objecto de controvérsia. Com efeito, a tese afirmativa entende que a Palestina já é um Estado reconhecido por um elevado número de Estados (142), e por Organizações Internacionais a quem foi conferido o estatuto de Estado Não-Membro Observador da ONU (Res AGNU 67/19) e é parte de diversos tratados internacionais nomeadamente do Estatuto de Roma do TPI e dos 10 Tratados fundamentais de Direitos Humanos como forma de reforçar a proteção dos direitos humanos na Palestina.

Em contraste, a tese negacionista, que se deve considerar mais correcta e sustentada face ao direito internacional, entende que a existência de um Estado depende da verificação objectiva dos “critérios de *statehood*” definidos pelo costume internacional e reflectidos na Convenção de Montevideo de 1933 sobre Direitos e Deveres dos Estados (art.1º), de onde decorre a irrelevância do reconhecimento por outros Estados (art.3º) que tem natureza declarativa e não

³⁴ Caso se colocasse a hipótese, que não se coloca por falta de evidência, de o ataque de 7.10.2023 ser um “ataque armado indireto”, o que significaria que se reconheceria que a acção do Hamas teria sido determinada e controlada por um outro Estado, o Irão, então teríamos apenas um conflito armado internacional entre Israel e o Irão sendo o Hamas um instrumento da acção do Estado do Irão. Apesar do apoio militar e financeiro do Irão ao Hamas, não existem provas que permitam de forma categórica confirmar que o Hamas é “controlado” pelo Irão, critério decisivo segundo a jurisprudência do TPI no Acordão Nicarágua v. EUA. Também estariam perante um único conflito armado de natureza internacional se se comprovasse, o que não é o caso, que o Hamas actuava como um agente do Estado da Palestina e sob as suas ordens. Sobre os diferentes cenários ver Jerome Hemelinne, *Classifying the Gaza Conflict Under International Humanitarian Law, a Complicated Matter*, blog EJIL European Journal of International Law, 13.11.2023 (<https://www.ejiltalk.org/classifying-the-gaza-conflict-under-international-humanitarian-law-a-complicated-matter/>).

constitutiva. Neste contexto, a não verificação dos requisitos de um governo efectivo e de um território minimamente delimitado e controlado (a AP só tem controlo efectivo e exclusivo sobre a Área A da Cisjordânia) sendo claro que a fragmentação geográfica e a descontinuidade territorial dos TPO inviabiliza um território viável, impediria a existência do Estado da Palestina. De notar que estes aspectos não foram solucionados no acordo de Oslo e que se manterão pendentes mesmo após o fim do conflito armado o que cria sérios obstáculos práticos à implementação da solução dos “Dois Estados”. Existem iniciativas junto do TIJ no sentido de clarificar esta controvérsia o que deverá ser feito através de uma *Advisory Opinion* que poderá ser emitida nos próximos meses.

A dinâmica do conflito armado tem conduzido a uma violação em larga escala do direito internacional por ambas as partes com elevados custos humanos e violação em massa de direitos humanos, e que envolve quer a violação do direito do uso da força *jus ad bellum*, do DIH e do DIDH. Neste contexto, será relevante analisar a questão central do direito de legítima defesa de Israel nos termos do art.51º da Carta da ONU, os contornos da violação do DIH, em especial dos princípios da proporcionalidade e da distinção, bem como de proibições estruturais de cerco ou movimentações forçadas de populações e, finalmente, os diferentes mecanismos de violação do DIDH, com especial destaque para a questão do genocídio.

Legítima defesa

Israel justificou a sua acção militar em larga escala em Gaza com o exercício do direito à legítima defesa nos termos do art. 51º da Carta da ONU, posição que foi apoiada pelos EUA, pela UE e os seus Estados Membros bem como por diversos analistas internacionais, desta forma procurando fundamentar a licitude da sua acção em resposta ao ataque terrorista levado a cabo pelo Hamas em território de Israel em 7.10.2023 contra bases militares e kibbutzim civis no sul de Israel. Apesar de este ataque terrorista, de que resultaram mais de 1.200 mortos e 245 reféns israelitas, ser um acto ilícito e especialmente grave, constituindo uma violação do princípio da distinção do DIH e um crime de guerra, com contornos genocidas, e cumulativamente uma violação grave de direitos humanos, que faz incorrer os seus autores em responsabilidade penal internacional, daqui não decorre necessariamente que exista um direito de legítima defesa de Israel, questão que suscita controvérsia entre especialistas de direito internacional.

Como questão prévia de enquadramento importa sublinhar que o direito de legítima defesa previsto no art. 51º da Carta emerge como uma excepção ao princípio geral de proibição absoluta do uso da força previsto no art.2º, nº4 da Carta, pilar do sistema de segurança colectiva e regra de *jus cogens*, que para

além de regra de um tratado existe em paralelo como regra de costume internacional como reconheceu a jurisprudência internacional. Este aspecto é essencial para analisar as duas linhas de argumentação em confronto, uma que nega a existência do direito de legítima defesa de Israel e outra que defende a existência de tal direito.

A posição que contesta a existência do direito de legítima defesa argumenta que embora se possa considerar que o ataque do Hamas preenche os requisitos de um “ataque armado” tendo em conta a sua intensidade de escala e efeitos, designadamente letais (em contraste com ataques terroristas anteriores do Hamas em Israel com um número de vítimas muito limitado), o ataque não proveio de um Estado como pressupõe o art. 51º, consentâneo com o facto de a proibição de uso da força se aplicar exclusivamente às relações entre Estados soberanos, mas sim de um actor não-estatal. Importa referir que poderia haver lugar a legítima defesa, mesmo perante um ataque do Hamas, se fosse invocada a existência de um “ataque armado indireto” imputável a um Estado, previsto pela jurisprudência do TJ no acordão do caso Nicarágua vs. EUA (1986),³⁵ em que o Hamas teria sido usado por esse Estado terceiro como instrumento para agredir Israel o que pressupõe o controlo integral deste sobre as decisões do grupo terrorista. Tal não foi invocado por Israel, designadamente em relação ao Estado que financia e apoia o Hamas, o Irão. Acresce que esta posição invoca ainda o argumento da jurisprudência do TJ na *Advisory Opinion* sobre *the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* de que não pode ser invocada a legítima defesa porque o ataque proveio de um território sob ocupação e controlo de Israel, o Estado que invoca o art. 51º.³⁶

A tese da existência do direito de legítima defesa contesta esta perspectiva considerando que na sequência do ataque de 11 de Setembro de 2001 se consagrou no direito internacional o princípio de que a legítima defesa também pode ser exercida contra “ataques armados” de actores não-estatais, ataques terroristas, com base na prática dos Estados evidenciada pelo conteúdo das resoluções do Conselho de Segurança da ONU (CSNU) 1368 (2001) e 1373 (2001) bem como de resoluções da Organização dos Estados Americanos (OEA),³⁷ a que acresce as cartas enviadas por oito Estados Membros da NATO

³⁵ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v United States of America), Merits, Judgement, ICJ Reports 1986, Summary of Judgement 27 June 1986, pg. 164.

³⁶ ICJ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Rep. 131, para. 139.

³⁷ UNSC Res. 1368, 12 September 2001, UN Doc. S/Res/1369. UNSC Res. 1373, 28 September 2001, UN Doc. S/Res/1373; Organization of American States (OAS), *Strengthening Hemispheric Cooperation to Prevent, Combat, and Eliminate Terrorism*, 21 September 2001, OAS Res. RC.23 / RES.1/01, para. 3.

e a Australia ao CSNU justificando o uso da força contra o ISIS na Síria,³⁸ que teriam sustentado o direito de legítima defesa dos EUA traduzido no conceito de “guerra contra o terror”³⁹. Aliás, Israel nos anos 70 foi o primeiro Estado a defender que poderia usar a força em legítima defesa contra um Estado, o Líbano, pelo facto de este não ter vontade ou capacidade “unwilling or unable criteria” de prevenir ataques de actores não-estatais lançados a partir do seu território (Brunnée e Toope, 2018), perspectiva que mereceu então rejeição internacional.

Contudo, registou-se uma evolução nesta matéria de natureza complexa gerando um quadro marcado por incerteza e ambiguidade. Nos anos 80 a jurisprudência do TIJ no acordão Nicarágua vs. EUA⁴⁰ defendeu que só ataques armados consumados de um Estado, ou atribuíveis a um Estado (por este ter o controlo total), podem desencadear a legítima defesa. Por outras palavras, o ataque armado directo ou indirecto, envolvendo a participação de actores não-estatais, do Estado era condição imprescindível para activar a legítima defesa. Na verdade, as resoluções do CSNU 1368 e 1373 de 2001 não introduziram uma ruptura com o critério do controlo do ataque por um Estado dado que, ao estabelecer o link entre o apoio dos Talibã e do Estado afgão à Al-Qaeda, acabaram por reafirmar o critério do “envolvimento substantivo” do Estado consagrado pelo TIJ (Brunnée e Toope, 2018).

Uma nova orientação emergiu a partir de 2014 protagonizada por Membros Permanentes do Conselho de Segurança, liderados pelos EUA, para justificar o uso da força contra o ISIS na Síria invocando o critério de que o Estado Sírio seria “unwilling or unable” para prevenir os ataques lançados a partir do seu território, critério também invocado por outros dois P5, o Reino Unido e a França, e que encontra apoio em sectores da doutrina internacional⁴¹. Tal perspectiva distanciava-se do critério do TIJ já que se admite o direito de

³⁸ Alonso Gurmendi, “State Practice Regarding Self-Defence against Non-state Actors: An Incomplete Picture,” Opinio Juris (website), October 17, 2018, <https://opiniojuris.org/2018/10/17/state-practice-regarding-self-defence-against-non-state-actors-an-incomplete-picture/>

³⁹ UNSC, Letter from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2001/946, 7 October 2001.

⁴⁰ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v United States of America), Merits, Judgement, ICJ Reports 1986, Summary of Judgement 27 June 1986, pg. 164.

⁴¹ The International Law Association Use of Force Committee’s *Final Report on Aggression and the Use of Force* (2018)(disponível <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=11391&StorageFileGuid=6a499340-074d-4d4b-851b-7a56871175d6>, consultado 20.3.2024).

legítima defesa contra actores não-estatais, grupos terroristas, exercido no território de um Estado, mesmo quando este não tenha envolvimento substancial ou até nenhum envolvimento nos ataques. A Resolução 2249 (2015) do CSNU autorizou os Estados ‘*to take all necessary measures, in compliance with international law, ... on the territory under the control of ISIL ... in Syria and Iraq*’’. Este critério do “unwilling or unable” como salienta Tsagourias acaba por reconhecer actores não-estatais como autores independentes de ataques armados e alvos directos de legítima defesa mesmo quando essas ações decorrem no território de um Estado (Tsagourias, 2016), desta forma ignorando que estes actores não-estatais têm necessariamente uma base territorial que é território de um Estado soberano, mesmo que tenham o controlo efectivo de tal território, excepto se operarem a partir de “global commons”.

Assim, existem critérios distintos na base de diferentes resoluções do CSNU pelo que a prática internacional tem sido ambígua não definindo uma linha clara e inequívoca contrariamente ao que afirmam os defensores da tese de existência de legítima defesa. Por outro lado, a posição do Conselho de Segurança órgão não configura uma interpretação autêntica vinculativa da Carta, uma resolução pode no limite violar regras fundamentais do direito internacional, definindo apenas linhas de orientação determinadas por motivações políticas, sendo certo que os Estados estão vinculados aos critérios para interpretação da Carta constantes da Convenção de Viena sobre Tratados Internacionais, arts. 31º e ss., que reflectem costume internacional por conseguinte vinculativos para todos os Estados.

Um argumento decisivo é também a natureza excepcional da legítima defesa e a sua consagração na Carta numa lógica restritiva. Neste contexto, a eliminação do “envolvimento substantivo” do Estado alargaria a possibilidade de uso legítimo da força permitindo a expansão do âmbito do direito à legítima defesa que, sendo uma excepção, tem de ser necessariamente interpretado de forma restritiva, criando o risco de esvaziar a regra dominante da proibição do uso da força permitindo criar “aparências de legítima defesa” que são na essência agressões. Como referem Brunnée e Toope “*the unwilling and unable standard cannot be so open-ended that it effectively destroys the overarching rule prohibiting the use of force in international relations*” (Brunnée e Toope, 2018). Este risco fundamentou igualmente a rejeição internacional da tese da “legítima defesa preventiva”, assente num alegado direito amplo de legítima defesa alicerçado numa regra de costume internacional que iria para além do art. 51º da Carta, defendida pela doutrina Bush e que foi invocada pelos EUA como o fundamento legal para a invasão (ilícita) do Iraque em 2003, sem que exista qualquer evidência da sua existência.

A legítima defesa está prevista na Carta de forma muito restritiva enquanto auto-tutela num contexto em que o quadro de fundo é que o monopólio da competência para decidir sobre o uso da força foi atribuído ao Conselho de Segurança. A existência efectiva da legítima defesa implica a verificação cumulativa dos outros pressupostos previstos no art. 51º da Carta, em especial a proporcionalidade, a necessidade e a prognose de eficácia e a inexistência de acção do Conselho de Segurança. Neste plano parece claro que o uso da força por parte de Israel não cumpriu o critério da proporcionalidade já que a intensidade do ataque, pela sua escala e efeitos, designadamente um número de mortos superior a 34.000 e destruição maciça de infra-estruturas, foi excessiva e desproporcional em relação ao ataque inicial do Hamas. Assim, estamos perante um caso de excesso de legítima defesa que é ilícito, não constituindo legítima defesa mas sim uma agressão violadora do direito internacional. Os críticos que defendem a existência do direito de legítima defesa, como é o caso de Heinze, tendem a focar-se na questão do ataque armado conduzido por actor não-estatal e a ignorar ou descartar de forma injustificada este critério essencial (Heinze, 2024).

Por outro lado, quanto ao pressuposto da necessidade tal implica que não exista nenhuma outra alternativa de resposta eficaz para além do uso da força o que pode ser questionado neste caso uma vez que estaria aqui em causa a alternativa de reacção ao abrigo da *law enforcement* usando meios mais adequados. Também quanto à prognose de eficácia que implica que o uso da força seja adequado e susceptível de produzir os resultados pretendidos de modo a evitar o recurso fútil à força sabendo de antemão que não será eficaz, a mesma não se verifica. Acabar com o terrorismo e o Hamas com uma acção militar em grande escala tem elevada probabilidade de não produzir o efeito pretendido, na verdade a devastação humana tem alimentado a radicalização de elementos da população, quer no presente quer no longo prazo, e o apoio ao Hamas cresceu em vez de diminuir. Não existe sequer evidência de que a capacidade militar e política do Hamas seja destruída desta forma, sendo cada vez mais evidente que o uso da força é desadequado para obter o resultado pretendido.

Acresce que um dos aspectos essenciais do regime da legítima defesa é o elemento teleológico, o propósito do uso da força, que não é referido expressamente no texto do art.51º, sendo reconhecido que a legítima defesa só pode ser utilizada de forma restritiva para parar/suster o ataque armado em curso evitando a sua continuação (“halting and repelling theory”), não podendo existir um objectivo de retaliação ou de restituição (Gray, 2018). Tal significa que, mesmo que se verificassem os outros pressupostos, Israel só poderia usar a força enquanto decorria o ataque do Hamas em 7.10.2023 para impedir a sua continuação e consumação, não podendo fazê-lo vários dias mais tarde quando

o ataque já cessou e a situação estabilizou. O uso da força teve claramente uma motivação retaliatória que não é lícita no âmbito da legítima defesa.

Em suma, a análise das duas posições contraditórias permite concluir que, nas circunstâncias concretas do conflito, Israel não tem o direito de legítima defesa nos termos do art. 51º da Carta. A posição favorável à legítima defesa sustenta-se fundamentalmente na admissibilidade desde 2001, o que é discutível, mas sobretudo desde 2014, baseada na prática limitada e errática de alguns Estados e com base em algumas resoluções do CSNU, da possibilidade de a legítima defesa ser usada contra ataques de actores não-estatais encarados autonomamente sem qualquer conexão a Estados. Contudo, esquece a ponderação dos outros pressupostos cumulativos necessários da legítima defesa previstos no art. 51 da Carta, que não se verificam, acrescendo que a tese do critério “unwilling or unable” mais radical determinaria a ampliação excessiva de uma excepção com o consequente esvaziamento da regra pilar do sistema de segurança colectiva de proibição do uso da força, pelo que a fundamentação não é robusta nem procedente.

Pelo contrário, a posição que sustenta a inexistência de legítima defesa de Israel é robusta e consistente com as regras e princípios do direito internacional. Funda-se na visão da jurisprudência internacional do critério do “envolvimento substantivo” de um Estado (directo ou indireto) no ataque armado, rejeitando a visão mais radical do critério “unwilling or unable” particularmente inadequada num mundo em que o número de Estados frágeis e falhados prolifera. Os factos comprovam que, à luz do direito internacional, Gaza é um território ocupado por Israel que tem o estatuto de “occupying power” de onde partiu o ataque tornando logicamente impossível invocar a legítima defesa. Por outro lado, não se verifica o pressuposto da proporcionalidade já que a resposta ao ataque do Hamas é claramente desproporcional implicando um excesso de legítima defesa o que transforma a acção numa agressão ilícita. Finalmente, a violação do pressuposto teleológico da legítima defesa já que o uso da força por Israel teve carácter retaliatório, exercido vários dias depois do ataque do Hamas ter terminado, o que é incompatível com a visão restritiva do art. 51º que atribui à legítima defesa apenas o propósito de sustar o ataque armado em curso.

Importa salientar que negar o direito de legítima defesa não significa considerar que Israel não tem legitimidade para reagir ao ataque terrorista do Hamas e proteger a sua população, o que significa é que a resposta não pode ser concretizada através da modalidade mais ampla do uso da força, um ataque militar, mas teria de adoptar outros meios no âmbito do paradigma da *law enforcement* reforçado e de medidas políticas, incluindo no plano internacional, que limitassem severamente o financiamento do Hamas, aspecto crítico para combater o terrorismo.

A inexistência do direito de legítima defesa nos termos do art. 51º da Carta implica que os ataques de Israel constituem um acto ilícito que viola o direito internacional e a obrigação jurídica de não usar a força na dimensão do *jus ad bellum*, tendo como principal consequência fazer o Estado incorrer em responsabilidade internacional, aspecto que será analisado em seguida.

A violação do Direito Internacional Humanitário

As duas partes do conflito em Gaza têm violado de forma sistemática o DIH aplicável, quer os princípios fundamentais quer regras específicas, que num conflito armado não-internacional envolve a aplicação do art. 3º comum das Convenções de Genebra conjugado com o Protocolo Adicional II, as regras de costume internacional (148 das 161 codificadas pelo CICV) mas também do direito interno vigente em Gaza.

O ataque do Hamas de 7.10.2023 violou o princípio da distinção ao atacar directamente civis, estando os combatentes vinculados pelas regras de costume internacional que vinculam também actores não-estatais. O princípio da distinção, previsto nos arts. 48, 51 (2) e 52(2) do Protocolo Adicional I de 1977, aplicável a conflitos armados internacionais, é simultaneamente uma regra de costume internacional, regras 1 e 7 CICV,⁴² aplicável também a conflitos armados não-internacionais, que impõem a todos os Estados e a actores não-estatais, a obrigação de distinguir combatentes e não-combatentes e de apenas poder atacar combatentes e alvos militares (alvos legais) sendo proibido atacar civis e alvos civis (alvos ilegais). Por outro lado, o Hamas também violou regras específicas de DIH merecendo particular referência as questões dos reféns e a estratégia de escudos humanos.

Relativamente aos 245 reféns capturados pelos Hamás com o objectivo político de reforçar a sua capacidade negocial e de pressionar a opinião pública israelita e colocar em dificuldade o Governo de Israel, o Hamás violou a proibição de tomada de reféns prevista pelo art.3º comum das Convenções Genebra, pelo art.4 (2) (c) do Protocolo Adicional II e pela regra 96 de costume internacional, todas aplicáveis a conflitos armados não-internacionais, cuja violação constitui um crime de guerra.

⁴² ICRC IHL Database, Customary IHL (disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docindex/home>).

No que respeita à estratégia de escudos humanos, o Hamas utiliza-a desde 2006, designada como “*human shields on rooftops*”,⁴³ envolvendo a colocação de civis palestinianos em instalações militares ou residências de combatentes do Hamas bem como a colocação de combatentes e material bélico em alvos civis, sendo potenciada pela prática de misturar infra-estruturas do Hamas com infra-estruturas civis, designadamente construindo túneis sob alvos civis (habitações, hospitalais, escolas). Esta estratégia, proibida pelo costume internacional (regra 97), teve inicialmente algum efeito, mas acabou por falhar na medida em que as Forças de Defesa de Israel (IDF) ao longo dos anos flexibilizaram as suas “*rules of engagement*” e passaram a usar métodos inadequados para intervir em zonas civis e tolerar maior escala de danos colaterais para atingir alvos militares importantes. Pior, Israel passou a usar o pretexto desta estratégia para visar de forma deliberada directamente civis, violando o princípio da distinção, tornando-se fácil justificar estas mortes culpando o Hamas pela mistura com populações e infra-estruturas civis.

Por outras palavras, o elevado número de mortes de palestinianos no conflito resulta da combinação e efeito cruzado entre as estratégias de Israel e do Hamas: (i) a estratégia de escudos humanos do Hamas, desenhada com o objectivo político de colocar Israel numa situação de violação grave do DIH e perda de reputação internacional e na qual persiste apesar dos enormes custos humanos, colocando propósitadamente em risco a população de Gaza, desprezando a sua segurança e aceitando em termos instrumentais elevados danos colaterais; (ii) a estratégia de Israel de deixar deliberadamente de aplicar *de facto* os princípios da precaução e da proporcionalidade nos seus ataques, aceitando danos indirectos civis excessivos que o DIH não admite, usando como justificação a estratégia de escudos humanos, responsabilizando o Hamas e desresponsabilizando-se a si próprio, quando na verdade em alguns casos Israel visa directamente alvos civis e noutros manipula o princípio da proporcionalidade dando prioridade total aos objectivos militares e actuando para os atingir a qualquer preço, quando está obrigado a encontrar um equilíbrio entre riscos de danos civis indirectos e o ganho militar antecipado.

Tal significa que existe uma confluência perversa e pérfida das estratégias, embora com objectivos opostos, entre Israel e o Hamas que tem como traço comum o desprezo pelas vidas humanas dos palestinianos apanhados entre dois

⁴³ Iniciada em 2006 com o caso Nizar Rayan que chamou centenas de civis para uma casa onde se encontravam combatentes do Hamas que seria objecto de um ataque aéreo planeado, colocando os civis no telhado para obrigar Israel a abortar o ataque aéreo a um objectivo militar o que conseguiu. Esta medida foi condenada pela Human Rights Watch por criar extremo risco para civis vd. Ahmed Fouad Alkhateeb, “The Origins of Hamas’s Human Shields strategy in Gaza”, Newsweek 26.2.2024 (disponível em <https://www.newsweek.com/origin-hamass-human-shields-strategy-gaza-opinion-1873499>).

fogos, e a convicção de que os respectivos objectivos políticos são supremos e podem ser alcançados de qualquer forma e a qualquer custo, com sacrifício em grande escala dos direitos humanos, em particular da vida humana um valor fundamental da ordem internacional protegido por uma norma de *jus cogens*.

Os ataques de Israel a Gaza violaram em primeira linha o princípio da proporcionalidade mas também se deve considerar que em alguns casos foi também violado o princípio da distinção uma vez que foram visados directamente civis e alvos civis (zonas residenciais, templos, hospitais, escolas).

O princípio da proporcionalidade

Uma questão central é a violação por Israel do princípio da proporcionalidade do DIH, designadamente no ataque já que ele tem uma aplicação mais ampla também na defesa. A proporcionalidade é um princípio com grande relevância no direito internacional mas tem concretizações diferentes e implica lógicas distintas. No contexto actual do conflito em Gaza coexistem três modalidades da proporcionalidade: a proporcionalidade na legítima defesa; a proporcionalidade no ataque no DIH; a proporcionalidade do DIDH que tendem a ser tratadas como se estivesse em causa um princípio uniforme quando não devem ser confundidas.

A proporcionalidade no contexto do *jus ad bellum* como pressuposto da legítima defesa, nos termos do art. 51 da Carta, implica que o uso da força por parte do Estado vítima de uma agressão para sustar o ataque armado ilícito não pode ser excessivo, em termos de intensidade de escala e efeitos, quando comparado com o ataque armado inicial que assim define o limite. O uso da força desproporcionado gera excesso de legítima defesa que consubstancia uma agressão ilícita. Estamos perante um critério relativo que pode formalmente legitimar o uso da força com elevada intensidade se o ataque inicial foi também intenso, segundo uma lógica de “olho por olho, dente por dente” a versão mais primária da proporcionalidade. Importa sublinhar em todo o caso que o paralelismo é limitado no sentido de que se o ataque inicial violou as regras do DIH visando directamente civis, o uso da força em legítima defesa não pode adoptar a mesma lógica. Neste contexto, as regras de DIH, em particular o princípio da proporcionalidade, exercem um efeito restritivo sobre a proporcionalidade do direito de legítima defesa pelo que as regras de *jus ad bellum* e *jus in bello* não podem ser encaradas como compartimentos estanques separados. Neste plano, como antes referido, Israel violou o princípio da proporcionalidade da legítima defesa já que a intensidade da resposta ao ataque do Hamas foi manifestamente desproporcionada e excessiva, o que implica a sua ilicitude com diversas consequências jurídicas e não-jurídicas.

A proporcionalidade como princípio e regra do DIH, nomeadamente no ataque, previsto nos arts. 51 (5) (b) e 57 (2) (a) (iii) (b) do Protocolo Adicional I de 1977, implica a avaliação comparativa entre o risco de danos indirectos antecipados a alvos civis, pessoas e bens, com a vantagem militar directa antecipada decorrente da destruição de alvos militares, a qual determina que se o risco de dano civil é “excessivo” o ataque é considerado indiscriminado e proibido devendo ser cancelado. Aqui estamos perante uma lógica diferente de proporcionalidade de “balanço de interesses” que requer a avaliação de valores em conflito, neste caso a proteção de civis contra o ganho militar (Maroonian, 2022). Este balanço é bastante difícil de garantir. Para além da imprecisão do conceito de “excessivo” e da natureza subjectiva na avaliação da proporcionalidade (Solis, 2021), o balanço é distorcido à partida na medida em que a vantagem militar prevalece já que a avaliação do atacante é dominada pelo objectivo da vitória militar mas também pela preocupação de proteger e minimizar as baixas nas próprias forças, quando a experiência demonstra que se o comandante militar quer limitar os danos colaterais de civis tem de aceitar riscos mais elevados para as suas forças. O ataque só deverá ser cancelado se o risco for “excessivo” o que acarreta grande imprecisão, mas que tende a ser interpretado como “comprovadamente excessivo”, não bastando que o dano seja superior ou igual à vantagem militar, mesmo que seja muito elevado em termos absolutos.

No caso do conflito em Gaza este princípio foi violado por Israel ao realizar bombardeamentos aéreos indiscriminados em zonas civis num espaço urbano densamente povoado, utilizando bombas de fósforo, visaram alvos duais atingindo edifícios residenciais no bairro de Rimal, na cidade de Gaza, mesquitas, campos de refugiados (Jabalia e Nuseirat Refugee Camps) e a própria escola da UNRWA em Gaza central (campo de al-Maghazi), assim como ataques que vitimaram trabalhadores humanitários gerando elevadíssimos e excessivos danos colaterais, o que demonstra que o “balanço” imposto pelo princípio foi ignorado prevalecendo exclusivamente a lógica da vitória militar e o objectivo de minimizar as baixas de soldados israelitas.

A prática de Israel emitir “avisos de evacuação” à população de Gaza prévios a um ataque ou bombardeamento para que os civis abandonem a zona alvo, surge como observância do princípio da precaução e das regras de costume internacional aplicáveis, designadamente das regras 15 e 20 do CICV, esta última impondo a obrigação de “advance warning”.⁴⁴ Apesar da complementariedade entre os princípios da precaução e da proporcionalidade, o respeito por aquela regra não exonera Israel de todas as obrigações decorrentes

⁴⁴ Ver CICV IHL customary rules, commentary (disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule20>).

do princípio da proporcionalidade, nomeadamente a obrigação de avaliação rigorosa dos efeitos do ataque e do equilíbrio entre riscos indirectos para civis e vantagem militar expectável. Assim, o cumprimento desta norma não põe em causa a conclusão de que Israel cometeu uma violação persistente do princípio da proporcionalidade. Acresce que, embora em abstracto aquela prática possa contribuir para diminuir o risco para os civis, não podemos deixar de avaliar as circunstâncias concretas em que estes “evacuation warnings” são feitos, tornando-os em muitos casos retóricos já que a escala dos movimentos de população e a abrangência da área alvo do ataque torna objectivamente impossível que os civis possam num curtíssimo espaço de tempo abandonar a zona, como sucedeu no Norte de Gaza em que estava em causa a saída e deslocação em massa de mais de um milhão de civis. Nestas circunstâncias, apesar da acção formal, em termos substantivos não se reduz o risco para os civis.

O princípio da proporcionalidade do DIDH com os seus sub-princípios da adequação (ao fim), necessidade (a opção menos restritiva dos direitos humanos) e proporcionalidade *stricto sensu* (equilíbrio entre custos e benefícios), implica que quando as vidas humanas estão em grande risco o ataque não pode ser realizado, independentemente da vantagem militar. O principal propósito do DIDH é a protecção da vida humana e assegurar a menor interferência possível com os direitos humanos em contexto de conflito armado, que as restrições são as mínimas e absolutamente necessárias para atingir outros objectivos numa lógica de “proporcionalidade dos meios face aos fins”. Assim, existe uma apreciação objectiva e a vantagem militar não é o critério predominante.

Considerando que a visão dominante é a da aplicação simultânea e cumulativa do DIDH e DIH em conflitos armados de acordo com a tese complementarista, o argumento fundamental é que o princípio da proporcionalidade do DIDH exerce um efeito restritivo sobre a proporcionalidade do DIH gerando uma dinâmica produtora de efeitos aditivos que resultam em níveis mais elevados de proteção da vida e que restringem de forma mais intensa o uso da força letal permitido pelo DIH. Este efeito restritivo, que resulta do facto de o DIDH ser muito mais robusto e intensivo na protecção do direito à vida, gera uma maior pressão para a minimização de “danos colaterais” que se pode manifestar em diferentes aspectos: (i) baixar a fasquia dos riscos “excessivos” de danos indirectos a civis, quando comparados com a vantagem militar antecipada, para a fasquia de riscos “superiores” ou “iguais” o que amplia as situações em que o ataque não pode ser realizado; (ii) impor uma lógica absoluta em que a previsão de riscos “muito elevados” em termos absolutos, não aceitáveis numa perspectiva de direitos humanos mesmo que não excessivos, determina o cancelamento do ataque; (iii) impor uma obrigação de avaliação rigorosa e

objectiva dos riscos de danos indirectos a civis e da vantagem militar, afastando uma apreciação demasiado subjectiva e especulativa em que a vantagem militar é, na verdade, o único móbil e não há realmente um equilíbrio entre as duas variáveis da equação. Por outro lado, o DIDH também restringe o uso da força letal impondo uma obrigação mais intensa ao combatente ter de, sempre que possível, procurar ferir em vez de matar, ou deter/neutralizar em vez de ferir o combatente inimigo. Em suma, no caso do conflito de Gaza este efeito restritivo implica que a violação da proporcionalidade por parte de Israel foi ainda mais ampla e grave do que geralmente se supõe.

Para além da violação do princípio da proporcionalidade, Israel também violou outros princípios e regras do DIH. Como referido atrás, a perspectiva de Israel sobre a proporcionalidade gera um esvaziamento *de facto* do princípio o que significa que não só se verifica esta violação, mas ela acaba por redundar na violação do princípio da distinção dado que alguns ataques visam directamente civis e alvos civis sob o pretexto da política de escudos humanos do Hamas.

As violações do DIH não decorrem apenas dos ataques militares de Israel com maior visibilidade, mas também de medidas adoptadas relacionadas com o bloqueio de Gaza as quais configuram não só uma “punição colectiva” com uma situação de “cerco”, bloqueio ou embargo que é proibida se for motivada pelo objectivo de causar “fome” e impossibilidade de satisfação de necessidades básicas da população. Os factos comprovam uma violação da proibição de usar a fome como método de guerra, que deve ser interpretada de forma ampla incluindo também a privação de água e de produtos essenciais à sobrevivência como medicamentos, prevista no art. 54 (1) do Protocolo Adicional I, e no caso dos conflitos armados não-internacionais como em Gaza pelo art. 14 Protocolo Adicional II e pelo costume internacional (regra 53 CICV). Importa salientar que a proibição da fome como método de guerra não impede um bloqueio que seja destinado apenas a atingir um objectivo militar e não a liquidar pela fome a população civil.

Israel, enquanto responsável pelo cerco a Gaza, tem a obrigação de garantir acesso a ajuda humanitária urgente para a população necessitada o que não foi observado em diversas ocasiões em resultado da criação de obstáculos, de adiamentos ou de ataques a comboios humanitários,⁴⁵ em violação das regras do DIH que obrigam os beligerantes a permitir e facilitar a passagem de ajuda

⁴⁵ A ONG de Direitos Humanos Human Rights Watch, denunciou pelo menos 8 ataques a comboios humanitários, não obstante as organizações humanitárias terem coordenado previamente com as autoridades israelitas, desde Outubro de 2023, The Guardian 14.5.2024 (disponível em <https://www.theguardian.com/world/article/2024/may/14/israel-strikes-aid-groups-gaza-october-human-rights-watch?ref=upstract.com>).

humanitária para civis em risco nos termos do art. 23º da IV Convenção de Genebra e das regras de costume internacional (regra 55 CICV). Esta acção revela fortes indícios de que o cerco a Gaza não tem apenas objectivos militares, mas também objectivos de criação de riscos extremos de sobrevivência para a população civil, numa lógica de punição colectiva e de debilitação da legitimidade política e base de apoio do Hamas, o que torna o cerco/bloqueio ilegal violando claramente a regra de costume internacional de DIH (regra 53 CICV).

Violação do DIDH

O contexto de guerra é aquele que envolve o mais elevado risco para os direitos humanos e para a sua violação em massa envolvendo frequentemente a prática de três tipos fundamentais de crimes internacionais: genocídio; crimes contra a humanidade e crimes de guerra. A acção de Israel assim como a acção do Hamas promovem a violação em grande escala de direitos humanos de primeira geração, direitos civis e políticos, em especial o direito à vida, em consequência de execuções sumárias, do ataque directo e morte de civis e da fome, carência extrema de água potável e cuidados de saúde; do direito à liberdade em resultado de prisões arbitrárias, liberdade de movimentos, na sequência de movimentos forçados de populações impostos à população do Norte de Gaza, ou violações da liberdade de expressão e do direito de manifestação.

Também os direitos de segunda geração, económicos, sociais e culturais, são amplamente violados por Israel, por omissão, ao não cumprir as suas obrigações enquanto “*occupying power*”, e por acção, designadamente em resultado do bloqueio a Gaza, no qual o Egipto também participa, ao impedir o fornecimento adequado de bens essenciais a Gaza para satisfação de necessidades básicas ou ao destruir escolas e hospitais inviabilizando o gozo dos direitos à saúde e à educação, bem como pelo Hamas que impede a UNRWA de cumprir a sua missão e desvia parte da ajuda internacional a Gaza para fins militares, desta forma impedindo a satisfação das necessidades básicas essenciais da população e suscitando o problema do duplo uso da ajuda.

No que respeita aos direitos de terceira geração, direitos colectivos, para além dos direitos à paz e ao desenvolvimento, a estratégia de Israel quer antes quer depois do ataque do Hamas viola o direito à auto-determinação do povo palestiniano, pilar essencial do direito internacional pós-1945, consagrado na Carta da ONU e nos tratados internacionais de direitos humanos, designadamente no PIDCP (art. 1º) e no PIDESC (art. 1º), constituindo uma norma imperativa de *jus cogens*.

A questão central que se coloca no plano da violação de direitos humanos é a da discussão sobre o genocídio, se a actuação de Israel pode ser enquadrada no âmbito da prática do crime de genocídio, claramente a violação mais grave, complexa e estrutural de direitos humanos. O conceito de genocídio é complexo e foi definido pelo direito internacional nos termos do art. II da Convenção de Prevenção e Combate ao Genocídio de 1948, o primeiro tratado de direitos humanos a ser aprovado, incluindo dois elementos essenciais: (i) elemento intelectual (*mens rea*), dolo directo (*dolus specialis*), a intenção de destruir no todo ou em parte um grupo humano caracterizado pela sua etnia, raça, religião ou nacionalidade; (ii) elemento material, a prática de actos proibidos (*actus reus*) previstos nas alíneas a) a e) enumeração exaustiva de diferentes modalidades através das quais qualquer dos 4 grupos protegidos podem ser visados, estando incluídas as formas de genocídio físico e biológico.⁴⁶ Importa salientar que não é necessário concretizar o resultado final de destruição do grupo, basta que uma das categorias de actos proibidos tenha sido praticada com a intenção referida para que o crime tenha sido consumado.

Em 29.12.2023 a África do Sul instaurou contra Israel (apoiado pelas Maldivas, Namíbia e Paquistão) um caso junto do TJI ao abrigo do art. IX da Convenção de Combate e Prevenção do Genocídio, acusando Israel de “State-led Genocide” na medida em que tem provocado a morte de palestinianos em grande escala (art. II alínea a)), provocado grave dano físico e mental à população de Gaza (art. II al. b)), criado condições calculadas para provocar a destruição física do grupo invocando que a crise humanitária é deliberada (art. II al. c)) e tomado medidas para impedir nascimentos no seio do grupo (art. II al. e)), invocando a existência de dolo directo que considera ser comprovado pelos termos do ataque combinado com as declarações de responsáveis políticos de Israel (Order para. 38). Para além de ter solicitado que o Tribunal emita um parecer sobre a existência de uma ocupação ilegal dos territórios palestinianos ocupados, a África do Sul requereu a aplicação de medidas cautelares fundamentando com o risco claro de dano irreparável aos direitos dos Palestinianos em Gaza e aos seus direitos nos termos da Convenção contra o Genocídio (Order para. 63).

⁴⁶ Apesar de os negociadores da Convenção terem discutido as três dimensões/formas de genocídio previstos por Raphael Lemkin na sua obra *Axis Rule in Occupied Europe* (cap. IX) de 1943, genocídio físico, biológico e cultural, o conceito final incluído no tratado não corresponde à concepção inicial, excluindo o genocídio cultural que no draft da Convenção chegou a estar previsto no art. III (Diaz, 2022). Não obstante a alínea e) ter alguma conexão com o genocídio cultural, a doutrina dominante entende que este não está consagrado no art. II correspondendo as alíneas a), b) e c) ao genocídio físico e as alíneas d) e e) ao genocídio biológico (ILC 1996 ILC Draft Code, pp. 45-46, para. 12).

Neste contexto, o TIJ proferiu a Order de 26.1.2024⁴⁷ que considera que o risco real e iminente de danos irreparáveis de alguns direitos invocado pela África do Sul é plausível, pelo que determinou um conjunto de medidas cautelares, nos termos do art. 41 do Estatuto do TIJ, que obrigam Israel à prática de um conjunto de actos (i) tomar medidas para prevenir a prática de actos previstos no art. II als. a) a e); (ii) impedir que os seus militares, pratiquem actos alíneas a) a e); (iii) prevenir e punir o incitamento directo e público ao genocídio; (iv) tomar medidas imediatas e efectivas para a prestação de serviços básicos e melhorar a situação humanitária em Gaza; (v) tomar medidas efectivas para prevenir a destruição de provas de actos relacionados com o art. II (Order, para. 86).

Importa referir que esta decisão não implica qualquer conclusão ou tomada de posição sobre o fundo da questão, se Israel praticou ou não os actos de genocídio invocados pela África do Sul. No entanto, a definição destas medidas implica um reconhecimento de uma situação de elevado risco de prática dos actos proibidos numa situação em que o discurso de ódio racial e o incitamento ao genocídio se intensifica em ambos os lados do conflito. Neste sentido, e dado que a Convenção impõe aos Estados um leque amplo de obrigações, designadamente uma obrigação de prevenção do genocídio, e não apenas a obrigação de respeito que implica não o cometer, é possível argumentar que Israel poderá estar a violar algumas destas obrigações mesmo que não existam provas suficientes da prática por parte dos militares israelitas de actos proibidos, e sobretudo da “intenção genocida”, do dolo, de prova difícil. A decisão do TIJ coloca o acento tónico exactamente nesta obrigação de prevenção e define um mecanismo de monitorização judicial do cumprimento das medidas cautelares determinadas através da submissão de relatórios ao TIJ que tornam objectivas e sindicáveis as medidas concretas a que Israel está vinculado.

A prevenção deve ser ainda aprofundada e operacionalizada tendo em conta que o genocídio não é cometido de forma instantânea, corresponde antes a um processo que não é linear analisado por Stanton através da definição das 10 fases do genocídio. As características de cada fase são decisivas para definir e diferenciar em concreto as acções de prevenção necessárias e adequadas o que significa que a prevenção tem de ser desagregada.⁴⁸ Ainda antes da intensificação do conflito armado, a análise do Genocide Watch considerava

⁴⁷ ICJ, Case 192 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel) 26.1.2024 Summary of the Order of 26 January 2024 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-00-en.pdf>).

⁴⁸ As 10 fases (inicialmente 8) foram definidas pelo Presidente do Genocide Watch, Gregory Stanton (disponível <https://www.genocidewatch.com/tenstages>).

que no conflito Israel-Palestina estão verificadas as fases 3 (discriminação), 5 (organização), 6 (polarização) e 8 (perseguição) do processo de genocídio⁴⁹ e esta perspectiva deve ser considerada no processo de implementação das medidas determinadas pelo TIJ.

As consequências da violação do Direito Internacional

A violação grave de regras e princípios do direito internacional no plano do *jus ad bellum*, DIH e DIDH gera consequências jurídicas relacionadas com a responsabilidade internacional do Estado e a responsabilidade penal internacional de indivíduos, mas também consequências não jurídicas em especial a perda de reputação do Estado.

Responsabilidade internacional do Estado de Israel

A ausência de legítima defesa gera como consequência essencial a ilicitude do acto de uso de força contra Gaza por parte de Israel. A dimensão do direito internacional da responsabilidade internacional do Estado está também envolvida na regulação do conflito armado não-internacional entre Israel e o Hamas constituindo uma consequência dos actos ilícitos praticados. Com efeito, a acção de Israel constitui uma violação da Carta e da obrigação jurídica internacional de não uso da força configurando um acto ilícito que gera a responsabilidade internacional do Estado, nos termos das normas de costume internacional reflectidas nos Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001).⁵⁰ Também a regra de costume internacional consolidada no âmbito do DIH, regra 150 CICV, prevê a responsabilidade internacional do Estado que viola o DIH, por actos que lhe sejam atribuíveis nos termos da regra 149 CICV, determinando que tem de garantir a reparação plena dos danos causados não apenas em relação a outros Estados mas também relativamente a pessoas singulares, como decorre do art. 33 (2) dos Draft Articles, considerando que esta é directamente atribuível a indivíduos.⁵¹

⁴⁹ Genocide Watch, Israel and Palestine Report May 2023 (disponível em https://www.genocidewatch.com/pt/_files/ugd/707f77_6d6f933e489e4e488d19961dbc5d95ab.pdf).

⁵⁰ Elaborado em 2001 pela International Law Commission Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, UN GAOR, 56th Sess, Supp.nº10, at 43, UN Doc. A/56/10 (2001).

⁵¹ Ver ICRC comentários à regra 150 (disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule150>).

A violação da obrigação internacional primária (não uso da força) gera de forma automática por operação das regras de costume internacional aplicáveis, um conjunto de obrigações secundárias de cessação da actividade ilícita (art. 30º draft articles DA) e de reparação integral dos danos (art. 31º DA). A reparação pode assumir três formas diferentes, isolada ou conjuntamente: restituição, compensação e satisfação (art. 34ºDA) (Crawford e Olleson 2014).

Para além da obrigação de restituição que implica para Israel a reconstrução das zonas destruídas de Gaza respondo a situação existente antes do ataque, a questão da obrigação de compensação reveste-se de enorme relevância tendo em conta o impressionante nível de danos causados associados à enorme escala de perda de vidas humanas, feridos, deterioração da saúde mental, destruição de infraestruturas, sobretudo no norte de Gaza, e lucros cessantes provocados pelo ataque armado de Israel. A dimensão da catástrofe humanitária é bem expressa pela agência da ONU que estima que desde Outubro de 2023 se registaram em Gaza 34.568 mortos, 77.765 feridos, 1.7 milhões de deslocados, 1.1. milhões pessoas em nível catastrófico de insegurança alimentar, 1 milhão de crianças necessitam de apoio urgente de saúde mental, 17.000 crianças desacompanhadas e separadas dos pais.⁵²

Nos termos do direito internacional, o conceito de danos a ser considerado para efeitos de indemnização é amplo, incluindo quer danos directos e indirectos, associados a lucros cessantes, quer danos materiais e morais, incluindo os resultantes do sofrimento infligido aos habitantes de Gaza e o decorrente da morte de familiares (art. 31. nº 2 Draft Articles).

A jurisprudência internacional fornece algumas directrizes sobre as diferentes dimensões da compensação. No Acordão do TJ de 9.2.2022 no âmbito do *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*⁵³ o Uganda foi condenado a pagar à República Democrática do Congo (RDC) uma indemnização global de US\$ 325 milhões pelos danos causados a pessoas, propriedade e recursos naturais da RDC durante a guerra que desenvolveu entre 1998-2003 (pg. 106, para.405) e que representa a mais elevada indemnização alguma vez arbitrada por um tribunal internacional por violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário. Este Acórdão confirma jurisprudência anterior no sentido de que o Estado responsável por um acto

⁵² United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), dados 1.5.2024 (disponível em https://www.ochaopt.org/?_gl=1*164rwz6*_ga*MTQ2MDU4Nzg3NS4xNzE0NzM3NzY3*_ga_E60ZNX2F68*MTcxNDczNzc2Ny4xLjEuMTcxNDczNzc4OS4zOC4wLjA., consultado 2.5.2024).

⁵³ Acórdão TJ DRC v. Congo de 9 February 2022 (disponível <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20220209-JUD-01-00-EN.pdf>).

internacional ilícito tem a obrigação de reparar integralmente os danos causados pelo acto (pg. 27, para. 69). Permite ainda concluir que, no caso de uma agressão armada, estão em causa diversos tipos de danos que resultam do uso ilegal da força, de violações do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário e de exploração de recursos naturais. No cálculo do valor da indemnização o TIJ teve em conta um princípio essencial de que esta tem uma função compensatória e não um carácter punitivo ou retaliatório (pg. 35 para. 102).

Analizando o caso de Gaza é possível observar paralelos relevantes que permitem antecipar as diferentes componentes dos danos a serem indemnizados por Israel. A primeira componente relaciona-se com danos directos a pessoas, a mais significativa arbitrada pelo TIJ no caso DRC v. Uganda, que tem como fundamento essencial a violação dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. Incluem-se aqui danos associados à perda de vidas, ferimentos infligidos a pessoas, danos à saúde mental, deslocalização de populações em grande escala e danos morais decorrentes do sofrimento severo causado pela violência directa e pela morte de familiares. O problema que se colocou é que o TIJ arbitrou indemnizações colectivas globais e não individuais, embora os danos atinjam pessoas individuais e o direito à reparação das vítimas consagrado no direito internacional dos direitos humanos imponha a necessidade de atribuir indemnizações individuais proporcionais à gravidade do dano. A segunda componente envolve danos directos à propriedade, pública e privada, que resultam da elevada destruição de infra-estruturas civis, do parque habitacional e de património cultural.

Neste domínio importa sublinhar que os danos causados no passado no conflito armado em curso não foram objecto de reparação e a comunidade internacional tem desvalorizado esta dimensão. De facto, para além de não assumir as suas responsabilidades enquanto “occupying power”, designadamente financeiras para garantir o bem-estar das populações de Gaza, Israel ainda agravou mais a situação causando prejuízos através de um longo bloqueio naval ilegal a Gaza de que não é o único responsável já que é imposto em articulação com o Egípto, e de ataques militares durante as quatro guerras anteriores travadas com o Hamas desde 2008. Foi a comunidade internacional que, desonerando Israel, assumiu os encargos financeiros de apoio a Gaza através da estrutura da ONU a United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees (UNRWA) e os contributos de diferentes doadores (UE, Qatar, EUA). Em termos de ajuda internacional destaca-se a União Europeia que é o maior doador de ajuda externa à Palestina no seu conjunto canalizando no período 2021-2024 cerca de € 1.2 mil milhões de euros no âmbito da European Joint Strategy, que inclui contribuições directas para a Autoridade Palestiniana, apoio a ONGs

palestinianas, e financiamento da UNRWA e de projectos multilaterais de instituições financeiras internacionais.⁵⁴

Ora perante um quadro de prolongada e persistente desresponsabilização internacional de Israel, é fundamental que a comunidade internacional interrompa este ciclo e não permita a continuação do mesmo padrão relativamente à futura reconstrução de Gaza, devendo ser efectivada a responsabilidade internacional do Estado de Israel concretizando o seu dever de reparação nas diferentes dimensões. O paralelo com a reconstrução da Ucrânia face à agressão da Rússia é por demais evidente e sobretudo os Estados ocidentais, que têm insistido na responsabilidade russa pela reconstrução da Ucrânia, não podem defender soluções diferentes para Gaza.

Responsabilidade penal internacional

A responsabilidade penal internacional é a outra categoria de consequências jurídicas que afectarão responsáveis políticos e militares quer de Israel quer do Hamas já que foram cometidos crimes internacionais previstos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI), uma vez que o mesmo é aplicável aos crimes praticados no território de Gaza. Apesar de Israel não ser parte do Estatuto de Roma, o TPI tem jurisdição sobre os actos criminosos praticados pelos líderes políticos e militares israelitas tendo em conta o critério de jurisdição previsto no art.12 (2) a). Com efeito, em 1.1.2015 o Governo do Estado da Palestina fez uma declaração ao abrigo do art. 12 (3) do Estatuto de Roma aceitando a jurisdição do TPI sobre alegados crimes cometidos nos TPO, incluindo Jerusalém Oriental, desde 13.6.2014. No dia seguinte, o Estado da Palestina tornou-se parte do Estatuto de Roma que passou a vigorar na Palestina a partir de 1.4.2015. A declaração ao abrigo do art. 12 (3) teve como objectivo garantir a produção do efeito do art.11 (2) *in fine*, garantindo que o TPI pode julgar crimes cometidos antes da data em que o tratado começou a vigorar na Palestina.

A investigação sobre a prática de eventuais crimes na Palestina foi aberta pelo Procurador do TPI em 2021 sobre os factos ocorridos desde 13.6.2014⁵⁵ e, na

⁵⁴ European Commission, Directorate-General for Neighbourhood and Enlargement Negotiations, Review of the EU aid to Palestine, 21.11.2023 (disponível em https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/news/commission-finalises-review-eu-aid-palestine-2023-11-21_en, consultado 20.4.2024). Desde Outubro de 2023 a UE aumentou a sua ajuda humanitária a Gaza primeiro triplicando o montante previsto para € 75 milhões em Outubro 2023 e aumentando em mais € 68 milhões adicionais em Abril 2024.

⁵⁵ Declaração do Procurador do TPI, Mme Fatou Bensouda, “à propos d’une enquête sur la situation en Palestine” 3.3.2021 (<https://www.icc-cpi.int/fr/news/declaration-du-procureur-de-la-cpi-mme-fatou-bensouda-propos-dune-enquete-sur-la-situation-en>

sequência do *referral* promovido por um conjunto de Estados (África do Sul, Bolivia, Bangladesh, Comoros e Djibuti) junto do TPI, ampliada pelo Procurador Karim Khan “Situation in the State of Palestine” passando a abranger também os factos ocorridos desde 7.10.2023.⁵⁶ Embora a investigação esteja em curso, não existem equipas de investigação criminal do TPI no terreno sendo particularmente relevante o papel da UN Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem and Israel, assim como as provas disponibilizadas por ONGs de Direitos Humanos e jornalistas, tendo o Procurador designado Andrew Cayley (UK) para coordenar a investigação. Os beligerantes estão claramente divididos sobre a efectivação da responsabilidade penal uma vez que Israel contesta e se opõe à investigação enquanto a AP e o Hamas a apoiam fortemente.

Os crimes que terão sido praticados envolvem crimes de guerra, crimes contra a humanidade e, eventualmente, crime de genocídio envolvendo responsáveis de ambos os beligerantes. A emissão de mandatos de captura contra dirigentes políticos e militares das duas partes em conflito está em processo de análise no TPI e terá um significativo impacto sobre a reputação dos visados, condicionará a sua mobilidade para Estados parte do Estatuto de Roma podendo ter um efeito de contenção significativo. O Procurador Karim Khan denunciou⁵⁷ as pressões ilegítimas e ameaças de retaliação para não emissão dos mandados de captura contra responsáveis israelitas com o objectivo de condicionar o TPI e colocar em causa a sua independência e imparcialidade, sendo certo que qualquer cedência a tais pressões, depois da acção adoptada relativamente aos líderes russos pelos crimes praticados na Ucrânia, ditaria a perda de credibilidade do Tribunal.

Assim, demonstrando independência, imparcialidade e determinação o Procurador acabou por decidir requerer em 20.5.2024 ao TPI (Pre-Trial Chamber I) a emissão de mandados de captura⁵⁸ contra líderes de Israel – o Primeiro-Ministro Nethanyau e o Ministro da Defesa Yoav Gallant, por fortes indícios da prática de crimes contra a humanidade (art.7º Estatuto Roma) e de crimes de guerra (art.8º Estatuto Roma) envolvendo entre outros o ataque

⁵⁶ Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A.A. Khan KC, on the Situation in the State of Palestine: receipt of a referral from five States Parties, 17.11.2023 (disponível <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-karim-aa-khan-kc-situation-state-palestine>).

⁵⁷ Statement of ICC Office of the Prosecutor, 3.5.2024 (disponível em <https://twitter.com/IntlCrimCourt/status/1786316229688414518>).

⁵⁸ Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine (disponível em <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>)

directo a populações civis, uso de “starvation” como método de guerra na Faixa de Gaza, homicídios - e contra líderes do Hamas - Yahya Sinwar (líder do Hamas na faixa de Gaza), Mohammed Diab Ibrahim Al- Masri, (Comandante em Chefe da ala militar do Hamas *Al-Qassam Brigades*), e Ismail Haniyeh (Chefe do Bureau Político do Hamas) por indícios fortes de prática de crimes contra a humanidade (tortura, violação e violência sexual, homicídios) e crimes de guerra (tomada de reféns, tratamento cruel, violência sexual, tortura) praticados no território de Israel e na Faixa de Gaza.

Neste contexto, o Procurador ao requerer a emissão de mandados de captura contra dirigentes políticos e militares do Hamas, um ator não-estatal, corrige um erro que o TPI cometeu no caso da Ucrânia quando não emitiu em simultâneo com os mandados contra dirigentes do Estado Russo, Presidente Putin e Maria Lvova-Belova (comissária para os direitos das crianças), mandados de captura contra líderes de atores não-estatais, designadamente os dirigentes do grupo Wagner, em especial o seu líder Prigozhin, com comprovada intervenção nos ataques e atrocidades mais violentas contra civis. Tal constituiu não só uma falha na efectivação da responsabilidade criminal como também um sinal negativo que, em vez de responsabilizar e conter atores não-estatais cada vez mais ativos e relevantes em conflitos armados marcados por crescente “privatização da guerra”, acabou por alimentar uma percepção de impunidade abrindo portas para que continuem a ser usados pelos Estados.

A actuação de Israel também gera consequências não-jurídicas que envolvem perda da reputação internacional do Estado, crescente mobilização da opinião pública internacional cada vez mais crítica relativamente a Israel, com manifestações públicas de condenação como tem sucedido em várias partes do mundo, e crescente pressão política de Estados que inicialmente apoiaram a posição de Israel como vítima do terrorismo do Hamas. Tal levou vários Estados Membros da UE, designadamente Espanha, Bélgica, Itália, Holanda, e empresas como a japonesa Itochu Corporation, a suspenderem a transferência de armas para Israel e a UE a desencorajar as exportações de armas para Israel, pressionando também os EUA a reduzir a sua ajuda militar. A posição face a Israel e à sua actuação em Gaza tem sido motivo de profunda divisão entre os Estados membros da UE, por exemplo face ao reconhecimento do Estado da Palestina, mas também entre as instituições da UE sendo evidente o contraste entre a posição mais soft da Presidente da Comissão Ursula Van der Leyen, secundada pela Alemanha, e a posição mais crítica do Alto Representante para a Política Externa Josep Borrel. O isolamento internacional de Israel tem-se

intensificado e atingiu o seu ponto máximo com o seu principal aliado os EUA a ameaçar reduzir a ajuda militar e o fornecimento de armas.⁵⁹

Assume particular interesse a decisão de tribunais nacionais, como o caso de um tribunal holandês que proferiu uma sentença que obriga o Governo de Haia a cancelar a exportação de peças sobresselentes de aviões caças F-35 para Israel de forma a impedir que eles sejam utilizados para violar o direito internacional humanitário em Gaza, ilustrando um excelente exemplo de tribunais nacionais que aplicam o direito internacional e velam pela sua observância no contexto de um sistema monista.⁶⁰ O Tribunal fundamentou a sua decisão na consideração de que impende sobre os Estados, nos termos do art. 1º comum das Convenções de Genebra, a obrigação de “garantir o respeito” pelas disposições do tratado e do DIH e argumentou que existe uma dimensão externa desta obrigação que impõe ao Estado que fornece armas a avaliação do risco de violações de DIH cometidas pelo recipiente e, se o mesmo for elevado, podem ser revogadas as licenças de exportação face a evidência de violações graves do DIH (paras. 3.12, 5.25).⁶¹

4. Interacção *Lawfare* e *Warfare*

A visão dos autores pioneiros na análise da *Lawfare* como Dunlap, assume que o traço dominante é a lógica de substituição da *warfare*, funcionando como uma alternativa para atingir os resultados políticos pretendidos sem usar a força. A análise dos casos apresentados na literatura assim como do conflito Israel-Palestina sugere que a relação entre *Lawfare* e *warfare* tende a ser mais complexa e diferentes padrões de interacção podem ser identificados.

Em primeiro lugar, o padrão da *Lawfare* como alternativa à *warfare* permitindo de forma eficaz atingir os objectivos que eram geralmente obtidos através do uso da força, sem que esta seja usada procurando responder à crescente ineficácia do uso da força. No caso de Israel isto é claramente ilustrado pelo

⁵⁹ New York Times, Cave D. *Isolated and Defiant, Israel vows to “Stand Alone” in War on Hamas*, 11.5.2024 (disponível em <https://www.nytimes.com/2024/05/11/world/middle-east/isolated-israel-war-hamas.html>).

⁶⁰ Reuters, “Dutch court orders halt to export of F-35 jet parts to Israel” 12.2.2024 (disponível em <https://www.reuters.com/business/aerospace-defense/dutch-court-orders-halt-export-f-35-jet-parts-israel-2024-02-12/>). O processo contra o Estado holandês foi instaurado em Novembro de 2023 por um grupo de 3 ONGs Holandesas, Oxfam Novib, PAX, e The Rights Forum, com o objectivo de colocar em causa a legalidade da venda de armas a Israel e foi decidido favoravelmente pelo Court of Appeal in the Hague.

⁶¹ Para análise detalhada do acordão ver Trittenbach et.al, *Dutch Appeals Court Blocks Deliveries of F-35 Parts to Israel: Overview, Analysis and Initial Reflections*, Comment, OpinioJuris 15.2.2024 (disponível em <https://opiniojuris.org/2024/02/15/dutch-appeals-court-blocks-deliveries-of-f-35-parts-to-israel-overview-analysis-and-initial-reflections/>).

episódio de 2011 supra referido de bloqueio da acção de rompimento do bloqueio a Gaza que envolvia uma frota de navios que deveria entregar ajuda humanitária, acção que Israel conseguiu parar ameaçando com processos judiciais as empresas seguradoras que deviam segurar os navios envolvidos.

Em segundo lugar, o conflito também demonstra a existência de um padrão complementar em que a *Lawfare* envolvendo a manipulação do direito internacional é utilizada para alargar o âmbito de utilização da *warfare* ultrapassando os limites legais. A posição de Israel sobre a legítima defesa e a manipulação do regime de ocupação internacional permitiram a Israel contornar limites do direito internacional no recurso à *warfare* e maximizar o uso da força letal atenuando a reação internacional e minimizando os custos reputacionais decorrentes do incumprimento do DIH e DIDH.

Em terceiro lugar, é possível também identificar um padrão de tensão e restrição em que a *Lawfare* tem um impacto restritivo no exercício da *warfare*, criando obstáculos e condicionando a acção dos decisores políticos. Tal sucedeu com a *Lawfare* “funcional” traduzida no recurso legítimo aos tribunais internacionais por parte de alguns Estados, designadamente junto do TIJ invocando a eventual prática do crime de genocídio e requerendo a aplicação de medidas cautelares a Israel, e junto do TPI relativa à emissão de mandados de captura contra líderes israelitas e do Hamas por prática de crimes internacionais, com o objectivo de afectar a respectiva reputação, diminuir o apoio internacional e limitar a sua acção. Por outro lado, a *Lawfare* pretende pressionar para que na *warfare* sejam cumpridas as normas e princípios de direito internacional. De igual modo, o Hamas utilizou a *Lawfare* “disfuncional” usando a prática de escudos humanos e a confusão de infra-estruturas civis e militares para constranger o uso da força por parte de Israel, limitar certos meios na *warfare* e forçar a violação do DIH por parte de Israel para maximizar os custos reputacionais. Nesta perspectiva, e contrastando com a situação anterior, a *Lawfare* pretende promover a violação do Direito Internacional por parte do adversário para daí retirar ganhos políticos.

Em quarto lugar, a *Lawfare* também pode funcionar como mecanismo equalizador usado para compensar a assimetria das capacidades militares na *warfare* pelo que a parte mais fraca tende a usar este instrumento, como sucedeu com o Hamas, para em articulação com a propaganda tentar reforçar a sua posição de modo a que, apesar da desvantagem no plano da *warfare*, possa vencer a *War*. Neste contexto a *Lawfare* enquanto meio não-militar da estratégia pode contribuir para a divergência de resultados entre a *warfare* e a *War*, no sentido de que quem perdeu a *warfare* possa eventualmente ganhar a *War*, desta forma limitando a relevância da *warfare*, da vertente militar da *War*, no contexto da Estratégia.

A análise dos diferentes exemplos de uso da *Lawfare* sugere diferentes reflexões. Primeira, a *Lawfare* não é uma realidade uniforme sendo possível distinguir dois tipos essenciais, a *Lawfare* “funcional” compatível com o respeito pelas regras do direito internacional e o exercício legítimo de direitos; e a *Lawfare* “disfuncional” que implica a violação do direito internacional quer directamente de regras específicas, quer indirectamente através da defesa de interpretações deliberadamente erradas de normas para dar aparência legal a ações ilegais, ou de violação de princípios fundamentais como o da boa-fé como sucede no uso de meios processuais com litigância de má-fé para restringir a liberdade de expressão.

Segunda, a *Lawfare* pode ser mais facilmente acessível a actores estatais e não-estatais mais frágeis, com reduzido poder militar, para tentar compensar a assimetria no contexto de conflitos assimétricos com actores poderosos, jogando com a dimensão das sanções não-jurídicas, em especial os custos reputacionais associados à violação de regras fundamentais do direito internacional a que esses actores são mais sensíveis dado o seu impacto negativo no respectivo *soft power*. Assim, actores mais frágeis e com menos recursos encontram na *Lawfare* um meio alternativo face às limitações de poder militar, poder económico ou capacidade diplomática. Nestes casos a *Lawfare*, coordenada com a propaganda, pode mesmo em casos extremos tornar-se no meio mais importante da Estratégia destes actores, acentuando nestes casos a lógica de substituição e não de complementariedade relativamente à *warfare*.

Terceira, a *Lawfare* “disfuncional” introduz uma nova questão relevante na análise da Estratégia que se relaciona com o padrão e dinâmica das relações entre os diferentes meios. Com efeito, a Estratégia como expressão máxima da análise racional assume como pressuposto que os diferentes meios são articulados de forma coerente e contribuem de forma consistente para a realização dos objectivos. Ora a *Lawfare* “disfuncional” levanta a questão de que podem existir relações de tensão e incoerência entre diferentes meios na implementação da Estratégia sendo alguns usados com respeito pelo Direito Internacional e outros em violação do Direito Internacional, em larga medida dependendo da posição de fundo do actor em questão no que respeita à preservação ou contestação e mudança estrutural da ordem internacional vigente.

Finalmente, o impacto da *Lawfare* sobre a regulação dos conflitos armados tende a ser negativo, sobretudo se tivermos como propósito uma regulação mais robusta com o duplo objectivo de moderar o uso da força/violência e maximizar a proteção da vida humana e dos direitos humanos, devido a dois factores. Primeiro, reforçar a regulação requer uma abordagem holística e integrada do

direito internacional integrando o DIH, o DIDH, Direito Internacional da Mobilidade Humana, o *Jus Post-Bellum* e o regime da responsabilidade internacional, olhando para além da *warfare* e abrangendo os efeitos dos conflitos e a transição para a paz (mobilidade forçada, reconstrução e estabilização) e procurando desenvolver a complementaridade e potenciar os efeitos aditivos que permitam o maior nível de proteção do ser humano. Ora a *Lawfare* tende a reforçar a tendência estrutural de fragmentação do direito internacional, já alimentada pelo paradigma positivista, ao explorar e manipular certos regimes e regras específicas, ambiguidades e alegadas lacunas, rejeitando a análise sistémica, a relevância dos princípios estruturantes e a unidade do sistema (por exemplo ao separar DIH e DIDH) precisamente porque tal permite maior eficácia e selectividade na manipulação para atingir objectivos políticos.

Segundo, a *Lawfare* “disfuncional” que desenvolve interpretações erradas deliberadas das normas, ou omite regras e princípios essenciais, para influenciar a opinião pública (por ex. sobre a não aplicação do DIDH a conflitos armados e em Gaza ou a interpretação errada art. 49 nº 6 da IV Convenção de Genebra) assume uma lógica de “rule by law” encarando o direito como mero instrumento neutro de poder para os Estados e outros actores não-estatais atingirem os seus objectivos, sem conteúdo axiológico, o que agrava a vulnerabilidade dos seres humanos, em detrimento de uma lógica de “rule of law” que enfatiza o papel do direito, com conteúdo axiológico, de limitação do poder e factor de prossecução de valores essenciais da comunidade internacional, designadamente do valor supremo da vida e dignidade humana.

Conclusões

O conflito Israel-Palestina é um dos conflitos mais duradouros e com maior impacto sistémico na segurança internacional no pós-1945, caracterizado por um elevado nível de internacionalização com as partes no conflito fortemente condicionadas pela competição estratégica entre grandes potências. Nas últimas duas décadas, e após um breve período de progresso com o processo de paz iniciado em 1993, o conflito intensificou-se e densificou-se marcado por quatro grandes eixos de transformação: o desmantelamento do processo de paz, a radicalização política interna em Israel e na Palestina e a degradação da democracia, a transformação do contexto geopolítico regional no Médio Oriente com o colapso da mediação internacional e o aumento da escala e modalidades da violência organizada estrutural.

O conflito constitui um exemplo de ampla e persistente violação em grande escala do direito internacional, um caso evidente de insucesso da comunidade internacional, mas também um caso paradigmático do recurso à *Lawfare* por ambas as partes do conflito, encarado como um laboratório experimental em

que o direito internacional assume uma nova função sendo utilizado, quer de forma legítima quer ilegítima, como meio não-militar da Estratégia com vista a atingir objectivos políticos essenciais em alternativa à *warfare*. O recurso à *Lawfare* por parte de Israel tem-se concretizado em três domínios fundamentais envolvendo a manipulação e distorção das regras do direito internacional ou a exploração de ambiguidades na sua aplicação com vista a influenciar a opinião pública interna e internacional suscitando dúvidas sobre a legalidade das ações de Israel: (i) a ocupação dos territórios palestinianos (TPO) e o estatuto de “occupying power”, considerados por Israel como territórios “disputados”; (ii) o conteúdo e fronteiras entre os regimes de *law enforcement* e de conflito armado; (iii) a regulação dos conflitos armados e a aplicabilidade do DIDH e do DIH. Esta ambiguidade e manipulação tem como objectivo último a aplicação exclusiva do regime de conflito armado, a maximização do uso da força letal por parte de Israel e a contenção da pressão internacional reduzindo os eventuais custos reputacionais.

O recurso à *Lawfare* tem impacto relevante na atual fase de *high-level warfare* iniciada em 7.10.2023 com o ataque terrorista do Hamas e tem contribuído para potenciar os níveis de violações do DIH e DIDH por ambas as partes, exacerbando os níveis de violência contra a população de Gaza e violações em massa de direitos humanos geradores de uma situação de catástrofe humanitária. Tal resulta da combinação entre a estratégia de escudos humanos do Hamas e o desrespeito pelos princípios da proporcionalidade, quer na sua modalidade no DIH quer na modalidade no DIDH, e da distinção do DIH por parte de Israel, utilizando como justificação a estratégia de escudos humanos. Tal revela uma confluência perversa das estratégias de Israel e do Hamas que tem como traço comum o desprezo pelas vidas humanas dos palestinianos apanhados entre dois fogos, e a convicção de que os respectivos objectivos políticos são supremos e podem ser alcançados de qualquer forma e a qualquer custo.

Uma conclusão essencial é que não existe direito de legítima defesa de Israel nos termos do art. 51º da Carta, com fundamento em vários argumentos: a visão da jurisprudência internacional do critério do “envolvimento substantivo” de um Estado (directo ou indirecto) no ataque armado, rejeitando a visão mais radical do critério “unwilling or unable”; Gaza é um “território sob ocupação” de Israel que tem o estatuto de “occupying power” de onde partiu o ataque tornando logicamente impossível invocar a legítima defesa; não se verifica o pressuposto da proporcionalidade já que a resposta ao ataque do Hamas é claramente desproporcional implicando um excesso de legítima defesa; a violação do pressuposto teleológico da legítima defesa já que o uso da força por Israel teve carácter retaliatório, exercido vários dias depois do ataque do Hamas ter terminado, o que é incompatível com a visão restritiva do art. 51º que atribui

à legítima defesa apenas o propósito de suster o ataque armado em curso. Em consequência, a acção de Israel em Gaza constitui um acto ilícito que faz incorrer o Estado em responsabilidade internacional implicando quer o dever de cessação da actividade ilícita, quer o dever de reparação, designadamente de indemnização de todos os danos causados em Gaza cuja reconstrução é da responsabilidade de Israel e não da comunidade internacional. Por outro lado, tem consequências não-jurídicas envolvendo a perda de reputação internacional que dita o crescente isolamento internacional de Israel.

O artigo analisa o conflito Israel-Palestina na perspectiva da interacção entre *Lawfare* e *warfare* com vista a contribuir para uma maior compreensão da sua interacção mas também da forma como influencia o desenvolvimento dos conflitos armados e interfere na efectividade da respectiva regulação. Esta análise revela que a relação entre *Lawfare* e *warfare* tende a ser mais complexa do que a relação de substituição assumida na literatura, sendo possível identificar diferentes padrões de interacção: o padrão da *Lawfare* como alternativa à *warfare* permitindo de forma eficaz atingir os objectivos que eram geralmente obtidos através do uso da força, assim diminuindo o recurso à *warfare*; um padrão complementar em que a *Lawfare* é utilizada em articulação com a *warfare* para alargar o âmbito de utilização desta contornando e ultrapassando os limites legais; um padrão de tensão e restrição em que a *Lawfare* tem um impacto restritivo no exercício da *warfare* por parte do inimigo, criando obstáculos e condicionando a acção dos decisores políticos; a *Lawfare* como mecanismo equalizador usado para compensar a assimetria das capacidades militares na *warfare* pelo que a parte mais fraca tende a usar este instrumento, como sucede com o Hamas.

No tocante ao impacto da *Lawfare* sobre a regulação dos conflitos armados o argumento central é que este tende a ser negativo na medida em que reforça a tendência estrutural de fragmentação do direito internacional, explorando e manipulando certos regimes e regras específicas pondo em causa a unidade do sistema essencial para uma regulação mais robusta, por um lado, e assume uma lógica de “rule by law” instrumento do poder, em detrimento da perspectiva de “rule of law” de limitação do poder, por outro, o que fragiliza a lógica de protecção do ser humano e maximiza a prevalência da lógica da soberania e do uso da força.

A catástrofe humanitária que atingiu Gaza exige no curto prazo uma solução de “paz negativa”, um cessar-fogo urgente que permita proteger a população civil e garantir a chegada de ajuda humanitária e a satisfação das necessidades básicas da população palestiniana. Contudo, o maior desafio é a solução de longo prazo, de “paz positiva” a que ambos os povos têm direito, que passa pela formula de “Dois Estados”, cuja concretização parece ainda muito distante atendendo aos

próprios limites do processo de paz que nunca solucionou as questões mais estruturais e controversas – estatuto de Jerusalém, retorno de refugiados, fixação de fronteiras claras, colonatos e seu controlo, água – e ao problema estrutural da enorme descontinuidade territorial e fragmentação dos territórios palestinianos que obsta à criação de um Estado Palestino viável. Acresce que a revitalização do processo de paz requer novos protagonistas que não os radicais Hamas e Netanyahu e a extrema-direita israelita, ambos opositores de qualquer compromisso e defensores de um só Estado de orientação oposta, assim como uma nova mediação internacional credível e imparcial e uma sustentada, organizada e coordenada pressão da opinião pública internacional e dos movimentos das sociedades civis.

Referências

- Brunnée, J. e Toope, Stephen, 2018, *Self-Defence against Non-State Actors: are Powerful States Willing but Unable to change International Law?* in International and Comparative Law Quarterly, vol 67, issue 2, April 2018, pp.263-286
(disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/selfdefence-against-nonstate-actors-are-powerful-states-willing-but-unable-to-change-international-law/9256C35660E40D89BAFC9A9282DCC161#fn38>).
- Cheng, Dean, 2012, *Winning Without Fighting: Chinese Legal Warfare*. The Heritage Foundation (May 2012)
(disponível em: <https://www.heritage.org/asia/report/winning-without-fighting-chinese-legal-warfare>).
- Cohen, Richard and Michael Mihalka, 2001, *Cooperative Security: New Horizons for International Order*, The George Marshall European Centre for Security Studies, The Marshall Centre Papers nº3.
- Crawford, James and Olleson, 2018, *The Character and Forms of International Responsibility* in Malcolm Evans, International Law, Oxford University Press, pp. 443-474.
- De Brabandere, Eric, 2014, *The Concept of Jus Post Bellum in International Law in Carsten Stahn*, Jennifer Easterday Jens Iverson (eds.) Just-Post Bellum: Mapping the Normative Foundations, Oxford University Press, ch.7.

- Diaz, Pablo, 2022, *The Physical, Biological and Cultural Dimensions of Genocide: An Expansive Interpretation of the Crime?* In Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe, 21(1):111-151.
- Goldstein, Brooke, Meyer, Aaron Eitan, 2011, *Lawfare: The War against Free Speech: A First Amendment Guide for Reporting in an Age of Islamist Lawfare*, Center for Security Policy.
- _____. 200). «“Legal Jihad”: How Islamist Lawfare Tactics are Targeting Free Speech» in ILSA Journal of International and Comparative Law, 15(2), 395-410.
- Dunlap, Charles, 2008, *Lawfare Today: A Perspective*, Yale Journal of International Affairs, 146-148.
- _____. 2009, *Lawfare: A Decisive Element of 21st Century Conflicts?*» in Joint Forces Quarterly, 34-35.
- Gray, Christine, 2018, *International Law and the Use of Force*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford.
- Heinze, Eric, 2024, *International Law, Self-Defense, and the Israel-Hamas Conflict*, US Army War College Publications 7.3.2024
(disponível <https://publications.armywarcollege.edu/News/Display/Article/3706538/international-law-self-defense-and-the-israel-hamas-conflict/#text37>)
- Kittri, Orde, 2016, *Lawfare as a Weapon of War*, Oxford: Oxford University Press.
- Luttwak, Edward, 1987, *Strategy: The Logic of War and Peace*, Harvard University Press, Cambridge: Belknap Press.
- Michael Schmitt (ed.), 2017, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press
- Neves, Miguel Santos, 2017, Human Rights, International Criminal Law and the challenges of a victim- centred restorative justice: the ICC contribution in Telles and Kowalski (eds.), *International Criminal Justice: a dialogue between two cultures*, Observare, pp. 233-260.
- Rousseau, Kevin, 2017, *International Law and Military Strategy: Changes in the Strategic Operating Environment* in Journal of National Security Law and Policy, 9(1).
- Schabas, W., 2009, *Genocide in International Law* (2nd ed.). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511575556>
- Shipley, David, 2015, *Arab and Jew: wounded spirits in a promised land*, Broadway Books, New York, 2nd revised edition.
- Solis, Gary, 2016, *The Law of Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2nd ed.
- Tsagourias, N, 2016, ‘*Self-Defence against Non-State Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Rule and Self-Defence as a Secondary Rule*’ in 29 Leiden Journal of International Law, 80.



INSTITUTO SUPERIOR
MANUEL TEIXEIRA GOMES

C E A D
FRANCISCO
SUÁREZ