

Direito Internacional Humanitário: pilares teóricos¹

Jean Marcel Fernandes²

Jus ad bellum, jus in bello e jus post bellum: preciosas noções

Os conceitos de *jus ad bellum* e *jus in bello* inserem-se em conjunto normativo que a doutrina costuma chamar de *Direito da Guerra*, área do Direito Internacional Público que disciplina as relações jurídicas entre os Estados em situações de conflitos bélicos. O *jus post bellum*, apesar de também advir de combates inter ou intra-estatais, pode ser enquadrado no que se denomina, segundo os mesmos critérios, o direito da paz. Esses três conceitos são fundamentais para o entendimento do papel pacificador do Direito Internacional Humanitário.

O direito à guerra – *jus ad bellum* –, ou seja, o uso juridicamente legitimado da força, costumava ser o “atributo supremo” da soberania, “a expressão mais cabal da qualidade de Estado”³. A partir de 1945, a Carta da Organização das Nações Unidas consagrou a condenação internacional dessa prerrogativa⁴. As exceções que restaram à regra

¹ Trecho do livro FERNANDES, Jean Marcel, **A promoção da paz pelo Direito Internacional Humanitário**, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

²

Jean Marcel Fernandes é diplomata, atualmente lotado na Embaixada do Brasil em Buenos Aires.

³ SWINARSKI, Christophe. **Introdução ao Direito Internacional Humanitário**. Brasília: CICV/IIDH/Escofo, 1988, p. 13.

⁴ Antes da Carta da ONU, houve dois precedentes de tentativas internacionais de proibição dos conflitos armados. Em 1919, o Preâmbulo do Pacto da Sociedade das Nações afirmava que as Altas Partes Contratantes deveriam “aceitar certos compromissos de não recorrer à guerra”. Em 1928, o Pacto Briand-Kellogg, também conhecido como Pacto de Paris – surgido de proposta do Chanceler da França, Aristide Briand, a seu colega norte-americano, Frank Kellogg, para contraporem-se ao novo expansionismo da Alemanha –, acabou transformado no Tratado para a Renúncia da Guerra, de caráter multilateral. Essas iniciativas não prosperaram, conforme mostraram os acontecimentos que se seguiram, mas representaram importantes antecedentes na busca do banimento ou drástica

da ilegalidade dos conflitos armados foram as operações de imposição da paz da ONU, as guerras de libertação nacional e a legítima defesa⁵.

O Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, intitulado “Ação em caso de ameaça contra a paz, de ruptura da paz e de ato de agressão”, prevê situações para as quais o Conselho de Segurança da Organização pode decidir pelo emprego de forças armadas, na hipótese do fracasso de tentativas de solução pacífica das controvérsias. São as chamadas operações de imposição da paz; quando se impõe a ordem pela violência, que é legitimada pela delegação de poder dos Estados a um órgão de características supranacionais, o qual supostamente age em nome de toda a comunidade internacional, sem defender o interesse de nenhum grupo ou país específico.

O direito à autodeterminação também está previsto na Carta da ONU⁶, de onde deriva a questão das guerras de libertação nacional. O I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949 define esse tipo de conflagração como:

(...) os conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas no exercício do direito dos povos à autodeterminação, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Respeitante às Relações Amigáveis e à Cooperação entre os Estados nos termos da Carta das Nações Unidas⁷.

Esse uso lícito da força não deixa de ser uma categoria da terceira exceção à regra da ilegalidade internacional do recurso à violência: a legítima defesa, já que o oprimido resiste à subjugação do opressor de forma proporcional ao modo como é atacado.

A legítima defesa está prevista no Artigo 51 da Carta da ONU:

redução da existência do *jus ad bellum*.

⁵ SWINARSKI, Christophe, *op. cit. supra*, p. 17.

⁶ Carta das Nações Unidas, Artigos 1 (2) e 55.

⁷ I Protocolo Adicional de 1977, Artigo 1 (4).

nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa, individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais.

O emprego das armas estará legitimado, assim, apenas até que a comunidade de Estados, representados pela Organização das Nações Unidas, possa atuar em conjunto para defender os agredidos. Em resumo, os países perderam o monopólio do uso legítimo da violência no plano externo, a não ser em caso de serem atacados, situação na qual o agressor teria tomado a iniciativa de desrespeitar a proibição. “O *jus ad bellum* foi transformado em um *jus contra bellum*”⁸, pois o Direito Internacional agora condena, ao invés de permitir a guerra.

A condenação internacional dos conflitos armados não exclui a aplicação do *jus in bello*, cuja tradução *direito na guerra* – em vez de *direito da guerra*⁹, expressão mais utilizada na doutrina – representa melhor o significado do conceito. As normas que limitam a violência, nas vertentes de Genebra (proteção de vítimas e bens), Haia (regras de combate) e Nova Iorque (salvaguarda de direitos humanos e limitação do uso de certas armas), devem ser respeitadas “sem qualquer distinção baseada na natureza ou origem do conflito armado ou nas causas defendidas pelas Partes no conflito”¹⁰. Quando o Direito não logra evitar a guerra (*jus contra bellum*), necessita impor-se para buscar a paz após a eclosão das hostilidades.

No *jus in bello*, encontram-se a maior parte dos princípios do Direito Internacional Humanitário. O esforço jurídico da comunidade internacional para opor-se à

⁸ SASSÒLI, Marco; BOUVIER, Antoine A. **Un droit dans la guerre?** Genève: CICR, vol 1, 2003, p. 108.

⁹ A expressão *Direito da Guerra* é, às vezes, utilizada como sinônimo do Direito Internacional Humanitário. O Direito da Guerra, no entanto, regula os atos relacionados ao recurso da força que não têm caráter humanitário, como a declaração de guerra. Já o *direito na guerra* seria o equivalente ao *jus in bello*, ou as regras jurídicas aplicadas durante lutas armadas para limitar a violência, que são parte, portanto, da regulamentação humanitária internacional.

¹⁰ I Protocolo Adicional de 1977, Preâmbulo.

violência dos conflitos armados não se restringe, no entanto, ao período de duração dos combates, mas permanece posteriormente. Ao terminarem as batalhas, resta imprescindível a punição dos criminosos de guerra – ou seja, daqueles que iniciaram ilicitamente a luta, os violadores do *jus contra bellum* –, assim como dos transgressores do *jus in bello*.

Nesse momento, faz-se indispensável a aplicação da quarta vertente do Direito Internacional Humanitário, o que se propôs aqui denominar *direito de Roma*. São as normas do *jus post bellum*, que decorrem do conflito armado, mas somente são aplicadas ao fim das agressões. É preciso, no entanto, esclarecer o significado atribuído a esse termo.

Fazer justiça após a guerra consiste em tarefa legítima, desde que amparada pelo multilateralismo. O Direito Internacional não pertence aos vencedores do conflito armado, mas é resultado do concerto dos povos, do *jus gentium*, no sentido moderno da expressão¹¹. As cortes *ad hoc*, predecessoras do Tribunal Penal Internacional (TPI), tiveram importância como as primeiras tentativas de aplicação do *jus post bellum*; contudo, não puniram as violações dos preceitos humanitários de acordo com o princípio da anterioridade da lei penal, muito menos tiveram a independência que se espera de um foro dessa natureza.

O Direito tem a incumbência de atuar, no plano internacional, do mesmo modo que no âmbito interno dos Estados. A soberania não constitui mais poder supremo, como era o entendimento da maioria dos analistas do passado e de não poucos do presente. A ordem jurídica que deriva do esforço conjunto das nações impõe limites à força estatal, assim como a lei nacional estabelece obrigações aos mesmos indivíduos que a estabelecem. Somente nesse

¹¹ O *jus gentium* do direito romano, de onde provém, consistia nas “normas consuetudinárias romanas, consideradas como comuns a todos os povos e por isso aplicáveis não só aos cidadãos romanos como também aos estrangeiros em Roma” (MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 15). Atualmente, o chamado *direito das gentes* constitui espécie de sinônimo do Direito Internacional Público, com a inclusão do indivíduo como ator nesse cenário, além dos Estados e das organizações internacionais.

sentido o *jus post bellum* terá caráter pacificador e contribuirá para a prevenção de novas infrações penais. As normas do *direito de Roma* poderão desempenhar essa função e colocar no banco dos réus criminosos de países vencidos e também de vencedores.

Jus ad bellum, *jus in bello* e *jus post bellum* são, portanto, noções úteis para a conceituação do Direito Internacional Humanitário, mas a utilização dessas idéias requer cuidado. Os atuais defensores da ultrapassada concepção da *guerra justa* tendem a servir-se desses vocábulos com significados distorcidos, na tentativa de legitimar o emprego da violência para encobrir os verdadeiros fins buscados, de natureza política e econômica.

O objetivo do Direito não é justificar a guerra, mas reprimi-la, por intermédio da proibição (*jus contra bellum*), da limitação das hostilidades durante os conflitos armados (*jus in bello*) ou do julgamento dos acusados de violação das normas humanitárias (*jus post bellum*). O Direito Internacional Humanitário, mais especificamente, atua a partir do desrespeito à regra geral de interdição do uso da força (início dos combates) até a punição dos culpados, em busca do apaziguamento. De acordo com essa perspectiva, propõe-se, a seguir, a definição desse agente promotor da paz.

Princípios norteadores: paz em meio ao conflito

O âmbito de atuação do Direito Internacional Humanitário constitui tema controverso na doutrina. Alguns autores delimitam esse *corpus* normativo de modo mais

restrito¹²; outros, de maneira mais ampla¹³. A posição adotada neste artigo tende a seguir as características da segunda corrente, porém com ressalvas da primeira.

O Direito Internacional Humanitário é a esfera do Direito Internacional Público formada por tratados e costumes internacionais que visam a promover a paz em situações de conflitos armados e após o fim das hostilidades, por intermédio da repressão da violência sob as seguintes formas: proteção de vítimas e bens, limitação de meios e métodos de combate, salvaguarda dos direitos humanos e julgamento dos infratores.

Nessa definição, encontram-se o *jus in bello* (*direitos de Genebra, da Haia e de Nova Iorque*), assim como o *jus post bellum* (*direito de Roma*). Não há, entretanto, regras anteriores às ações bélicas, como a própria permissão do emprego das armas (*jus ad bellum*) ou atos como o *ultimatum*, que fazem parte do chamado Direito da Guerra ou Direito dos Conflitos Armados¹⁴, mas não do Direito Internacional Humanitário¹⁵, o que não impede que muitas disposições situem-se simultaneamente em ambos conjuntos normativos, ou mesmo em vários, como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional do Desarmamento.

¹² Cf., v.g., MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 137, onde o Direito Internacional Humanitário é definido “como o sub-ramo do Direito Internacional Público Positivo que integra o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo por finalidade proteger a pessoa humana em conflitos armados”.

¹³ “O direito internacional humanitário é o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito” (SWINARSKI, Christophe, *op. cit. supra*, p. 18). Cf. interessante discussão sobre as divergentes visões de Mello e Swinarski em CHEREM, Mônica Teresa Costa Sousa. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 29-34.

¹⁴ *Direito da guerra e direito na guerra (jus in bello)* têm significados distintos. O mesmo ocorre com as expressões *guerra* e *conflito armado*, apesar de serem aqui utilizadas como sinônimos. Pode-se, assim, adotar a locução *direito nos conflitos armados* para fazer referência às normas do Direito Internacional Humanitário aplicáveis durante o período de batalhas.

¹⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque, *op. cit. supra*, p. 136.

Não é por acaso que a palavra *humanitário* denomina as normas e costumes que trazem pacificação à guerra. O substantivo ao qual diz respeito, *humanidade*, define

um dos sete princípios fundamentais do Movimento da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho. Esse princípio, baseado no respeito à pessoa humana, está indissolivelmente ligado à idéia de paz e resume o ideal do Movimento. (...) É a primeira contribuição à prevenção e à eliminação da guerra: a humanidade é um fator essencial da verdadeira paz, que não pode ser perturbada nem pela dominação nem pela superioridade militar.¹⁶

Os outros seis princípios do Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, principal agente promotor do Direito Internacional Humanitário, são: *imparcialidade*, *neutralidade*¹⁷, *independência*, *voluntariado*, *unidade* e *universalidade*. Todos decorrem do primeiro, *humanidade*, principal norteador da ação humanitária. A proclamação desses preceitos ocorreu na XX Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, em Viena, no ano de 1965.

A *imparcialidade* envolve três noções que poderiam ser princípios independentes¹⁸: *não-discriminação*, *proporcionalidade* e a própria *imparcialidade*. A *não-discriminação* pressupõe o tratamento igualitário, sem qualquer espécie de diferenciação entre seres humanos. A *proporcionalidade* pode ter dois significados: 1) a exigência de que “o efeito dos meios e métodos de guerra utilizados não sejam desproporcionais à vantagem militar buscada”¹⁹ e 2) a necessidade de que “a ajuda disponível será repartida de acordo com as necessidades individuais e segundo a ordem de urgência”²⁰. A *imparcialidade* propriamente

¹⁶ VERRI, Pietro. **Dictionnaire du droit international des conflits armés**. Genève: CICR, 1988, p. 64.

¹⁷ O *princípio da neutralidade* não deve ser confundido com o *instituto da neutralidade*, que caracteriza um Estado que optou por abster-se de intervir ou participar de um conflito armado.

¹⁸ PICTET, Jean. **Les Principes fondamentaux de la Croix-Rouge : commentaire**. Genève: CICR, 1979, disponível em:

<http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/DB810665F8DE62F8C1256D1E0030DF16?OpenDocument&Style=Custo_Final.3&View=defaultBody>. Acesso em: 19 nov. 2004.

¹⁹ VERRI, Pietro, *op. cit. supra*, p. 101.

²⁰ PICTET, Jean. *op. cit. supra*.

dita refere-se à atitude esperada não só dos que prestam assistência humanitária, mas também dos que não favorecem nenhuma das partes em conflito, o que remete ao princípio seguinte.

Neutralidade é o dever de abstenção da prática de atos que demonstrem benefício a qualquer facção em luta²¹. A aplicabilidade desse princípio é problemática quando do neutro, caso da Cruz Vermelha, espera-se alguma ação, que deve ser ao mesmo tempo positiva (ajudar os necessitados) e negativa (privar-se de atitudes que poderiam manifestar envolvimento)²².

A *independência* também está relacionada com os dois conceitos anteriores. A Proclamação de 1965 enunciou três elementos ligados à idéia: 1) o princípio geral da *independência*; 2) o *auxílio* e 3) a *autonomia* com relação aos poderes públicos. Assim, do mesmo modo que a Cruz Vermelha abstém-se de interferir no mérito da confrontação armada (*imparcialidade* e *neutralidade*), deve ser livre para agir (*independência*), ajudar as autoridades nacionais nas atividades humanitárias (*auxílio*) e estar imune às influências de governos (*autonomia*).

O princípio do *voluntariado*, característica da prestação de socorro humanitário da Cruz Vermelha desde a atuação de Dunant em Solferino, mostra claramente a distinção entre iniciativas belicosas e pacíficas. Enquanto as guerras desenvolvem-se normalmente por intermédio de ações de soldados que não agem pela própria vontade e

²¹ SWINARSKI, Christophe. La notion d'un organisme neutre et le droit international. In: SWINARSKI, Christophe (rédacteur). **Etudes et essais sur le Droit International Humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet**. Genève - La Haye: CICR - Martinus Nijhoff, 1984, p. 823.

²² Sobre essas dificuldades, especialmente da atuação do CICV, cf. MINEAR, Larry. The theory and practice of neutrality: Some thoughts on the tensions. **International Review of the Red Cross**, n. 833, 31-03-1999, pp. 63-71. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList172/BCC9732C087D8C0DC1256B66005CFADB>>. Acesso em: 20 nov. 2004.

defendem interesses alheios, a paz promovida pela solidariedade é espontânea, surge do bem-estar que a generosidade proporciona.

A *unidade* engloba três características mencionadas na Proclamação de Viena. As Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha devem ser únicas em cada Estado (*unitárias*), abertas a todos (*multitudinárias*) e ter âmbito de atuação em todo o território do país (ações *generalizantes*). O princípio justifica-se pela necessidade de organização da atividade humanitária nas esferas nacionais²³.

Por fim, a *universalidade* também reúne três conceitos: o alcance da assistência da Cruz Vermelha estendida a todo ser humano (*universalidade* propriamente dita), a equivalência do *status* jurídico das Sociedades Nacionais (*igualdade*) e a ajuda mútua entre essas associações (*solidariedade*). O ideal de socorro não considera fronteiras, nacionalidades, culturas, distâncias; o humanitário deve prevalecer sobre os interesses materiais.

Os princípios do Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho originam-se, assim, da idéia central que marca o âmbito de atuação do Direito Internacional Humanitário: a *humanidade*. Essa palavra sintetiza o objetivo dessas normas quando atuam em conflitos armados ou logo após o fim das agressões: devolver ao ser humano um pouco do bem-estar que lhe foi tirado pela irracionalidade da guerra. Qualquer regra jurídica que tenha como finalidade legitimar ou autorizar a violência não pode, conseqüentemente, figurar nesse conjunto normativo. Definida essa concepção, torna-se possível compará-la a outras, que, por caminhos distintos, buscam o mesmo destino.

Relações intertemáticas: frágeis linhas divisórias

²³ PICTET, Jean. *op. cit. supra*.

Diplomacia: bastidores da atuação jurídica

A Diplomacia assenta os alicerces da edificação jurídica no plano internacional. “Gestão das relações internacionais por negociações”²⁴, a atividade diplomática é o modo pelo qual surge o Direito Internacional²⁵, pois os costumes, tratados e princípios gerais que o guiam são fruto da convivência pacífica dos Estados, o que só é possível por intermédio da representação dos governos pelos diplomatas.

O direito escrito quase sempre segue costumes de reconhecido valor jurídico²⁶. Esse fato, já significativo no âmbito interno dos Estados, no externo, é essencial. A Diplomacia, ambiente de onde se originam os hábitos que posteriormente viram regras de convivência internacional, é o meio político que abre caminho para o normativo. Do plano diplomático provém o consuetudinário e deste, o convencional. Tal processo adquire importância ainda maior quando se trata da formação do Direito Internacional Humanitário.

O progresso dos costumes humanitários tem ocorrido desde o aparecimento das guerras. Se hoje há tratados multilaterais que consolidam essas práticas, até o século XIX, o pouco de humanidade que havia nos conflitos armados era reconhecido como direito, ainda que consuetudinário, apenas porque, fora do período de hostilidades, os Estados concertavam

²⁴ Uma das definições de *Diplomacia* em BATH, Sérgio. **O que é diplomacia**. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 14.

²⁵ A expressão Direito Internacional quando não vem acompanhada de algum adjetivo significa o Direito Internacional Público, que engloba toda a relação jurídica dos Estados entre si. O outro corpo normativo que eventualmente também poderia receber essa denominação, o Direito Internacional Privado, é assim designado devido à consagração na doutrina, mas, na verdade, nem é internacional, nem privado, já que reúne normas de direito público para orientar o juiz interno na aplicação do direito estrangeiro.

²⁶ Para ser considerada norma consuetudinária, o costume humanitário, assim como qualquer praxe internacional, tem de ser “prática comum e reiterada dos Estados”, além de haver “consciência sobre a obrigatoriedade dessa conduta, ou seja, a *opinio iuris*” (VINUESA, Raúl Emilio. **La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario**. CICR, 1998. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList133/19DC1C666F9242A9C1256DE100571C76>>. Acesso em: 22 nov. 2004).

por intermédio de seus representantes, os diplomatas. A conciliação somente é possível, porém, quando os países buscam resolver dissidências pela negociação, sem o emprego da força.

A violência é incompatível com a Diplomacia e com o Direito Internacional. O recurso às armas significa a tentativa de imposição dos interesses de um ou mais Estados em detrimento dos valores universais, entre os quais a *humanidade* ocupa lugar de destaque. Nesse ponto, há um aparente paradoxo no desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário. Se os costumes de caráter humanitário, e mais tarde os tratados, procedem das guerras, teoricamente essas normas derivariam da força.

É a razão, no entanto, que devolve humanidade ao combatente, ou àquele que o comanda, mesmo no momento em que prevalece o ímpeto. Não fosse assim, as relações internacionais seriam o *estado de natureza hobbesiano*, sem espaço para a Diplomacia e o Direito. Os costumes humanitários, por conseguinte, consistem na tentativa de retorno à normalidade, ao entendimento, à paz. Apenas nesse ambiente ocorre a transformação dessas práticas em regras de pleno reconhecimento e obrigatórias a todos os Estados. Assim nasceu, desenvolveu-se e continua a evoluir o Direito Internacional Humanitário.

Atualmente, “a evolução do direito internacional humanitário tem transcendido o âmbito do direito internacional convencional. Tem aqui ocorrido também uma evolução consuetudinária”²⁷, principalmente na esfera do *direito de Genebra*. Já o *direito da Haia*, cujas primeiras codificações pelas Convenções de 1899 e 1907 sistematizaram preceitos costumeiros, hoje passou a necessitar da negociação diplomática de tratados para

²⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução do Direito Internacional Humanitário e as posições do Brasil. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, 1987/1989, Anos XXXIX a XLI, n. 69/71, p. 98 e 99.

desenvolver-se²⁸. Pode-se afirmar o mesmo sobre os *direitos de Nova Iorque e de Roma*. Desse modo, “as práticas estatais com capacidade para gerar novas normas consuetudinárias concentram-se em áreas vinculadas à proteção de vítimas²⁹”.

Nesse domínio, merece destaque a atuação da chamada *diplomacia humanitária* do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV). A atividade serve para chamar a atenção de governos e organizações internacionais para as questões humanitárias.

Como atua na encruzilhada de interesses divergentes, o CICV tem de buscar um diálogo contínuo com todos os envolvidos, sejam instituições internacionais ou representantes de um grupo minoritário rebelde, militantes de um movimento religioso radical ou oficiais superiores das forças armadas de um Estado. A proximidade e o diálogo com todas as partes em conflito são essenciais para se obter acesso às vítimas da guerra e prestar-lhes a proteção de que necessitam.³⁰

Essa missão do CICV não está entre as mais fáceis, como se pode imaginar, já que precisa encarar interesses políticos, econômicos e militares, muitas vezes divergentes dos valores humanitários. As pressões dos governos prejudicam toda ação que pretende ser imparcial, neutra e independente³¹. A *diplomacia humanitária*, de índole universal, busca harmonizar-se com a governamental, que se preocupa principalmente com as questões nacionais. A compatibilização depende do poder de iniciativa da Cruz Vermelha.

A aplicação dos princípios do Direito Internacional Humanitário ultrapassa o espaço delimitado pelas normas convencionais, especialmente na questão das tensões ou

²⁸ VINUESA, Raúl Emilio, op. cit *supra*.

²⁹ *Id. ibid.*

³⁰ GNAEDINGER, Angelo. Desafíos de seguridad para la acción humanitaria. **Revista Internacional de la Cruz Roja**. Ginebra, CICR, n. 841, pp. 171-182, 31 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList98/491C35C30B979452C1256DE100648C3A>>. Acesso em: 22 nov. 2004.

³¹ BLONDEL, Jean-Luc. ¿Es la acción humanitaria de incumbencia de todos? **Revista Internacional de la Cruz Roja**. Ginebra, CICR, n. 838, pp. 327-337, 30 jun. 2000. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList98/2F24CB3C71EE43DFC1256DE10062F9AC>>. Acesso em: 23 nov. 2004.

distúrbios internos³². Para isso, o CICV atua com base no *direito de iniciativa*, previsto nos Estatutos: “na qualidade de instituição independente e de intermediação, o CICV pode promover qualquer iniciativa humanitária que tenha relação com o seu papel, e pode examinar qualquer problema que necessite de análise por uma instituição deste tipo”³³.

O *direito de iniciativa* constitui elemento imprescindível não só da execução da *diplomacia humanitária*, mas também do próprio desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário. Ao agir em situações para as quais não há dispositivo convencional que preveja aquele tipo de assistência, o CICV contribui para criar novos costumes jurídicos. É o caso, por exemplo, da ação do Comitê na proteção dos deslocados internos. “Esta atitude, ao ter a aprovação, ou pelo menos a não-oposição dos Estados afetados, gerou uma norma consuetudinária que tende a generalizar-se”³⁴.

Os esforços da Diplomacia e do Direito Internacional Humanitário mesclam-se em diversas áreas, além de buscarem metas afins por diferentes métodos. Enquanto a primeira procura manter a convivência pacífica dos Estados, o segundo colabora para a volta da harmonia. Ambos lidam com poderes soberanos, mas não deixam de mirar, principalmente, a Humanidade. O mesmo ocorre com outras áreas do Direito Internacional Público, como as que protegem os direitos humanos e os refugiados.

Direitos Humanos e Refugiados: vertentes humanitárias³⁵

³² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, pp. 105-106.

³³ CICV. Estatutos do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Artigo 4 (2). **Revista Internacional da Cruz Vermelha**, n. 831, 17 mar. 2004. Disponível em:

<<http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/iwplList74/877162463217B39203256E5A0067D17E>>. Acesso em: 23 nov. 2004.

³⁴ VINUESA, Raúl Emilio, op. cit *supra*.

³⁵ O objetivo deste tópico é estudar as analogias das proteções internacionais dos direitos humanos e

O Direito Internacional Humanitário, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados formam as “três vertentes da proteção internacional da pessoa humana”³⁶, em tempos de paz e de guerra. De origens e campos de atuação distintos, esses domínios convergem para o mesmo fim: a defesa do indivíduo contra a arbitrariedade e a violência.

A salvaguarda dos direitos humanos desenvolveu-se inicialmente no plano interno dos Estados, nos quais costuma ter *status* constitucional. A proteção internacional evoluiu recentemente, em especial a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que em seguida influenciou o direito convencional de caráter humanitário, como as Convenções de Genebra de 1949 e os Protocolos Adicionais de 1977³⁷.

Algumas peculiaridades marcam distinções entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário³⁸. Enquanto a aplicação das normas do primeiro ocorre em qualquer época, os preceitos do segundo destinam-se principalmente às situações de conflito armado. Durante períodos de perturbação da ordem social, nos quais a segurança estatal encontra-se ameaçada, o exercício de certos direitos humanos pode ser suspenso ou restringido, ressalvado o grupo conhecido como “núcleo irredutível de direitos da

dos refugiados com o Direito Internacional Humanitário. A comparação apenas entre os dois primeiros assuntos não será desenvolvida por desviar-se do escopo deste trabalho.

³⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, v. 1, pp. 340-443.

³⁷ *Id. ibid.*, pp. 346-351.

³⁸ As menções ao Direito Internacional Humanitário neste item são sobretudo às normas do *direito de Genebra*.

pessoa humana (*hard core group*)”³⁹, que permanece obrigatório em todas as circunstâncias e encontra resguardo também em instrumentos internacionais de cunho humanitário⁴⁰.

As disposições do Direito Internacional Humanitário protegem os indivíduos que não mais combatem, os que nunca se envolveram nas hostilidades e os bens não considerados como fins militares. O dever de respeito às normas compete aos Estados e aos beligerantes; a supervisão do cumprimento envolve a *Comissão Internacional de Apuração dos Fatos*⁴¹ e a *Potência Protetora*⁴²; e da execução participam organizações como a ONU e o CICV. A responsabilização penal por violações ocorre nos planos jurídicos interno e externo. Cada país tem a obrigação de adotar medidas nacionais de punição dos infratores, que podem ser julgados também complementarmente pelo Tribunal Penal Internacional⁴³.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos dá garantias de ordem civil, política, econômica, social e cultural a todos, sem distinções, contra possíveis arbitrariedades de agentes estatais. A aplicação das normas admite variedades de acordo com as diversidades

³⁹ VINUESA, Raúl Emilio. **Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, diferencias y complementariedad**, 26-06-1998. Disponível em:

<<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList314/BEA909509BE2EF83C1256DE10056675D>>. Acesso em: 29 nov. 2004.

⁴⁰ Cf., v.g., Artigo 3, comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, Artigo 75 do I Protocolo de 1977 e Artigo 4 do II Protocolo.

⁴¹ A Comissão Internacional de Apuração dos Fatos foi criada pelo Artigo 90 do I Protocolo de 1977, o qual estabelece, na alínea 2.c), que “a Comissão será competente para: i) investigar qualquer fato suscetível de constituir infração grave nos termos das Convenções e do presente Protocolo ou qualquer outra violação grave das Convenções ou do presente Protocolo; ii) facilitar, prestando seus bons ofícios, o regresso à observância das disposições das Convenções e do presente Protocolo”.

⁴² “A expressão *Potência Protetora* designa um Estado neutro ou outro Estado não Parte no conflito que, designado por uma Parte no conflito e aceito pela Parte adversa, esteja disposto a exercer as funções confiadas à Potência Protetora, nos termos das Convenções e do presente Protocolo”, I Protocolo de 1977, Artigo 2, alínea c). Esse instituto foi consagrado pelas Convenções de Genebra de 1949, mas já era conhecido pelo Direito Internacional Consuetudinário, cf. PEYTRIGNET, Gérard. **Sistemas internacionais de proteção da pessoa humana: o Direito Internacional Humanitário**. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana**: Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados. San José / Brasília: IIDH / CICV / ACNUR, 1996, pp. 141-142.

⁴³ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, Artigo 1.

culturais de cada povo, o chamado *relativismo cultural*. A supervisão e a imposição de penas por infrações cabem aos judiciários domésticos, mas há igualmente sistemas de proteção internacionais, como o Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, e regionais, como a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Européia de Direitos Humanos⁴⁴, a Corte e a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos⁴⁵ e a Carta Árabe de Direitos Humanos⁴⁶.

Destacadas as similitudes ou as diferenças, é inegável a confluência de objetivos do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴⁷. Dessa interdependência, “surgirá eventualmente um esquema de controle aperfeiçoável em contraposição ao potencial exercício arbitrário das prerrogativas inerentes ao Estado”⁴⁸.

Da mesma forma, o Direito Internacional dos Refugiados apresenta convergências com o Direito Internacional Humanitário. Ambos prestam socorro a vítimas de

⁴⁴ O Protocolo n. 11 à Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, adotado em 1994 e em vigor desde 1998, instituiu a nova Corte Européia de Direitos Humanos, que assumiu as funções das antigas Corte e Comissão Europeias de Direitos Humanos e passou a ser o único órgão jurisdicional do sistema europeu, “uma verdadeira Corte Constitucional Européia”, cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *op. cit. supra* n (42), prefácio, p. 18.

⁴⁵ A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, criada para complementar os esforços da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, foi aprovada, em junho de 1998, pelo primeiro Protocolo à Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos de 1981, na cidade de Ouagadougou, Burkina Faso, cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção**, s.d. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado1.html>>. Acesso em: 30 nov. 2004.

⁴⁶ Adotada, em setembro de 1994, pela quarta Convenção Regional de Direitos Humanos, do Conselho da Liga dos Estados Árabes, cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século**. Rio de Janeiro: IPRI, 1998, p.3. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/ipri/Papers/DireitosHumanos/Artigo01.doc>>. Acesso em: 30 nov. 2004.

⁴⁷ Celso Mello, *v.g.*, chega a considerar um tema como parte do outro, cf. *supra*.

⁴⁸ VINUESA, Raúl Emilio, *op. cit supra* n. (39).

conflitos armados que se encontram em território ou jurisdição de um Estado do qual não são nacionais⁴⁹. O encontro desses tipos de assistência ocorre principalmente nos planos histórico, operacional e normativo.

Em princípios do século XX, o Delegado do Governo da Noruega na Sociedade das Nações, Doutor Fridtjof Nansen, conseguiu, no seio da organização onde atuava, “mobilizar a comunidade internacional a fim de tratar de encontrar uma solução permanente para o problema dos refugiados”⁵⁰. Ele logrou criar, por exemplo, o *Passaporte Nansen*, destinado a identificar e permitir aos que se refugiavam retornar ao país que havia expedido o documento. Esse auxílio humanitário serviu para despertar a preocupação global com o tema, que mais tarde foi retomado na ONU.

A partir do estabelecimento do Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), em 1949⁵¹, o CICV, que também assistia aos refugiados e aos deslocados internos⁵², passou a operar de modo complementário nesse campo⁵³. A troca de experiências na aplicação do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional

⁴⁹ BRETT, Rachel; LESTER, Eve. Derecho de los refugiados y derecho internacional humanitario: paralelismos, enseñanzas y perspectivas para el futuro. La opinión de una organización no gubernamental. **Revista Internacional de la Cruz Roja**. Ginebra, CICR, n. 843, pp. 713-726, 30 nov. 2001. Disponível em:

<<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList74/D622A9AFFA603424C1256DE10067B81E>>. Acesso em: 30 nov. 2004.

⁵⁰ SANTIAGO, Jaime Ruiz de. O Direito Internacional dos Refugiados em sua relação com os direitos humanos e em sua evolução histórica. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de, *op. cit. supra*, p. 261.

⁵¹ O ACNUR substituiu a Organização Internacional para Refugiados (OIR), estabelecida em 1946, a qual, por sua vez, havia sucedido a Agência das Nações Unidas para o Auxílio e a Reabilitação (UNRRA), nascida em 1943, cf. *Id. ibid.*, p. 261-264.

⁵² Deslocado interno é a “pessoa que se viu obrigada a deslocar-se dentro do território do próprio país, devido a um conflito armado ou a tensões internas”, cf. HICKEL, Marguerite Contat. La protección de los desplazados internos afectados por conflictos armados: concepto y desafíos. **Revista Internacional de la Cruz Roja**. Ginebra, CICR, n. 843, 30 nov. 2001. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList516/0A5A241F7BEF3986C1256DE100672CB2>>. Acesso em: 30 nov. 2004. Esses indivíduos encontram-se sob a égide do Direito Internacional Humanitário.

⁵³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *op. cit. supra* n. (36), p. 344.

Humanitário por esses organismos tende a fortalecer os mecanismos conjuntos de auxílio às vítimas das guerras.

Diversas normas de caráter humanitário tratam da questão dos refugiados. Exemplos são os Artigos 44⁵⁴ e 70 (2)⁵⁵ da IV Convenção de Genebra de 1949, o Artigo 73⁵⁶ do I Protocolo de 1977 e o Artigo 22⁵⁷ da Convenção sobre Direitos da Criança de 1989. Este último foi o “primeiro tratado de direitos humanos que incluiu explicitamente o Direito Internacional Humanitário e o Direito dos Refugiados”⁵⁸ e marcou de modo incontestável o cruzamento das três vertentes da proteção internacional da pessoa humana no âmbito convencional.

A interação dessas áreas fortalece o esforço pela paz, buscada igualmente por outras iniciativas internacionais, como o desarmamento, tema também confluyente com o Direito Internacional Humanitário.

⁵⁴ “Ao aplicar as medidas de fiscalização mencionadas na presente Convenção, a Potência detentora não tratará como estrangeiros inimigos, com base exclusivamente em sua subordinação jurídica a um Estado inimigo, os refugiados que não gozem de fato da proteção de qualquer Governo.”

⁵⁵ “Os súditos da Potência ocupante que, antes do início do conflito, tiverem procurado refúgio no território ocupado não poderão ser presos, processados, condenados ou deportados desse território, a não ser por infrações cometidas após o início das hostilidades ou por delitos comuns praticados antes do início das hostilidades os quais, segundo a lei do Estado cujo território está ocupado, tivessem justificado a extradição em tempo de paz.”

⁵⁶ “As pessoas que, antes do início das hostilidades, foram consideradas apátridas ou refugiadas, de acordo com os instrumentos internacionais pertinentes aceitos pelas Partes interessadas, ou da legislação nacional do Estado de refúgio ou de residência, serão, em qualquer circunstância e sem qualquer discriminação, pessoas protegidas, nos termos dos Títulos I e III da Convenção IV.”

⁵⁷ “Os Estados-Partes tomam as medidas necessárias para que a criança que busca *status* de refugiado ou que seja considerada refugiado em decorrência das normas e procedimentos do direito internacional ou nacional aplicáveis, esteja só ou acompanhada de seus pais ou de qualquer outra pessoa, beneficie-se da adequada proteção e assistência humanitária, para permitir-lhe o gozo dos direitos reconhecidos pela presente Convenção e por outros instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem ou de caráter humanitário, de que os referidos Estados sejam Partes (...)”, cf. Convention relative aux droits de l'enfant. Adoptée par la résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 décembre 1989. In: SCHINDLER, Dietrich; TOMAN, Jiří, *op. cit. supra* n. (28), pp. 1023-1032.

⁵⁸ BRETT, Rachel; LESTER, Eve, *op. cit. supra*.

Desarmamento: mesmo destino, caminhos distintos

O que se pode chamar de Direito Internacional do Desarmamento e da Não-Proliferação – complexo normativo propenso a eliminar, diminuir ou evitar a propagação de armas de utilização pública ou privada – está diretamente ligado ao *direito da Haia*, ramo do Direito Internacional Humanitário ocupado de questão similar: a proibição ou limitação de meios e métodos de combate para reprimir a violência, a qual avança norteadas pelos mesmos fins pacifistas.

Os termos *desarmamento* e *não-proliferação* referem-se a concertos internacionais preocupados especialmente com a questão da segurança de alguns Estados, de uma região específica ou mesmo de toda a comunidade de nações, sem, em princípio, atentar para os indivíduos. A meta política de limitar os meios militares dos potenciais inimigos para preservar a paz, por intermédio da garantia contra possíveis ataques, tenderia a estar imune à influência dos apelos de ordem humanitária. A evolução histórica desses acordos, no entanto, prova o contrário.

O Direito Internacional do Desarmamento e da Não-Proliferação nasceu do Direito Internacional Humanitário. A Declaração de São Petersburgo de 1868 já continha disposições que mesclavam finalidades humanitárias com controle de armamentos⁵⁹. O mesmo passou-se com as Conferências Internacionais da Paz da Haia de 1899 e 1907⁶⁰ e com o Protocolo de Genebra de 1925⁶¹. A partir da Segunda Guerra Mundial, as negociações

⁵⁹ “As partes contratantes ou aderentes reservam-se o direito de entender-se posteriormente, todas as vezes que uma proposta precisa seja formulada em vista de aperfeiçoamentos futuros que a ciência possa proporcionar ao armamento das tropas, a fim de manter os princípios que tenham formulado e de conciliar as necessidades da guerra com as leis da humanidade.”, cf. Declaração de São Petersburgo. In: SCHINDLER, Dietrich; TOMAN, Jiří, *loc. cit. supra* n. (47).

⁶⁰ A maioria dos temas das Convenções adotadas nessas duas Conferências tratavam do controle de armas por razões humanitárias.

⁶¹ O próprio título revela as pretensões do documento: Protocolo de Genebra sobre a Proibição de Emprego na Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos ou Similares e de Meios Bacteriológicos.

internacionais sobre controle, limitação e eliminação de armas seguiram rumo diverso, mas o princípio da *humanidade* não deixou de inspirá-las.

A maior parte dos tratados sobre desarmamento e não-proliferação visavam a conter a ameaça das armas de destruição em massa (químicas, biológicas e nucleares). Mais recentemente, surgiram convenções dirigidas a outras condicionantes, como restrições ao uso de certos armamentos de menor poder destrutivo, proibições de minas antipessoal e controle do comércio armamentista da transferência de tecnologias sensíveis⁶².

A Convenção sobre a Proibição das Armas Químicas (CPAQ), aberta para assinaturas em 1993, mas negociada desde 1972, aperfeiçoou a trilha iniciada pelas Conferências da Haia de 1899 e 1907 e pelo Protocolo de Genebra de 1925, que continham disposições sobre a proibição do emprego de substâncias químicas para fins militares. O acordo culminou na fundação da Organização para a Proibição das Armas Químicas (OPAQ), em 1997, na Haia, encarregada das inspeções previstas na CPAQ. O elevado número de adesões que recebeu o tratado, em curto período de tempo, demonstra a sensibilização da comunidade internacional pelos danos causados pelo uso desse tipo de armamento desde a Primeira Guerra Mundial.

Do mesmo modo que a CPAQ, a Convenção sobre a Proibição de Armas Biológicas (CPAB), de 1972, baseou-se nos antecedentes do *direito da Haia*. O Protocolo de Genebra de 1925 também proibia o recurso a meios bacteriológicos, mas, assim como não impedia a produção nem o armazenamento de armas químicas, era igualmente omissa no

⁶² MATHEWS, Robert J.; MCCORMACK, Timothy L.H. The influence of humanitarian principles in the negotiation of arms control treaties. **International Review of the Red Cross**. Geneva, ICRC, n. 317, pp. 125-134, 30 Apr. 1999. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList74/40284E959E6351CBC1256B66005D0EE8>>. Acesso em: 01 dez. 2004.

tocante às biológicas⁶³. A CPAB é considerada o primeiro tratado verdadeiramente de desarmamento do mundo, pois prevê a completa eliminação de toda uma classe de arma de destruição em massa⁶⁴. Não se estabeleceu, entretanto, um mecanismo de verificação da ausência de intenções hostis, como a OPAQ, o que é grave, “porque os avanços da biotecnologia têm permitido a um reduzido número de pessoas a possibilidade de produzir grandes quantidades de potentes substâncias tóxicas, em um curto período, e em instalações que são difíceis de identificar”⁶⁵.

O caso das armas nucleares enquadra-se mais na questão da não-proliferação do que do desarmamento. As destruições de Hiroshima e de Nagasaki, durante a Segunda Guerra Mundial, parecem não ter despertado a mesma comoção humanitária causada pelo uso de agentes químicos e biológicos em outras conflagrações. Negociou-se apenas o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP), assinado em 1968, e o Tratado para a Proibição Completa dos Testes Nucleares (CTBT⁶⁶), de 1996. O TNP é discriminatório e permite a manutenção das bombas atômicas pelos Estados que já possuíam antes de 01 de janeiro de 1967⁶⁷. A contribuição do CTBT também reside no desincentivo à multiplicação desse tipo de arsenal.

⁶³ *Id. ibid.*

⁶⁴ ROMANOV, Valentin A. El alcance humanitario de la convención sobre “armas silenciosas”. **Revista Internacional de la Cruz Roja**. Ginebra, CICR, n. 141, pp. 299-309, 31 mai. 1997. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TDLDB>>. Acesso em 01 dez. 2004.

⁶⁵ GOLDBLAT, Jozef. Convención sobre las armas biológicas - Consideraciones generales. **Revista Internacional de la Cruz Roja**. Ginebra, CICR, n. 141, pp. 263-279, 31 mai. 1997. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TDLBP>>. Acesso em 01 dez. 2004.

⁶⁶ Sigla em inglês para *Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty*. Texto disponível em: <<http://disarmament.un.org:8080/wmd/ctbt/A-50-1027-CTBT-English.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2004.

⁶⁷ Cf. UN. **Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons**. Resolution 2373 (XXII), adopted on the Report of the First Committee, 1968, Article IX (3). Disponível em: <<http://disarmament.un.org:8080/wmd/npt/NPT%20text-English.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2004.

Não existe instrumento internacional que preveja o desarmamento nuclear, a exemplo dos compromissos de interdição das armas químicas e biológicas. Em 1996, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) emitiu parecer consultivo, a pedido da Assembléia Geral da ONU, pelo qual concluiu que a ameaça ou emprego de artefatos atômicos eram contrários aos princípios gerais do Direito Internacional Humanitário, o que não afastava, todavia, a necessidade de uma convenção que determinasse o banimento desses recursos militares.

Além da contribuição ao surgimento de mecanismos internacionais de proibição de armamentos de destruição em massa, o Direito Internacional Humanitário colaborou para as negociações sobre controle de armas convencionais. Há diversas menções a obrigações humanitárias a serem consideradas na aplicação da Convenção sobre Certas Armas Convencionais (CCW⁶⁸), de 1980, como a do Artigo 2: “nada nesta Convenção ou em seus Protocolos anexos será interpretado como prejudicial às demais obrigações impostas sobre as Altas Partes Contratantes de acordo com o Direito Internacional Humanitário aplicável em conflitos armados”.

Dos quatro Protocolos anexos à CCW, o IV, intitulado Protocolo sobre Armas Cegantes a Laser, adotado em 1995, apresentou considerável progresso humanitário. Trata-se do único instrumento do Direito Internacional do Desarmamento que proibiu a utilização de armas que nunca foram usadas em batalhas. “Parece que as preocupações com a proliferação da tecnologia para produzir tais armas e com o desenvolvimento de uma defesa

⁶⁸ Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Certas Armas Convencionais que Podem ser Consideradas como Excessivamente Lesivas ou Geradoras de Efeitos Indiscriminados. A sigla CCW refere-se a *Convention on Certain Conventional Weapons*, versão abreviada de *Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Excessively Injurious or To Have Indiscriminate Effects*, cujo texto, além dos quatro Protocolos, encontra-se disponível em:

<http://www.mineaction.org/advocacy_conventions/_ccw_amendedprotocolii.cfm>. Acesso em: 02 dez. 2004.

eficaz combinaram com preocupações humanitárias para permitir a adoção dessa interdição sem precedentes”⁶⁹.

O II Protocolo da CCW, Protocolo sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Minas, Armadilhas e outros Artefatos, revisado em 1996, deu origem a outro tratado sobre o tema, a chamada Convenção de Ottawa. A proscrição jurídica das minas antipessoal representou o triunfo de inquietações eminentemente humanitárias sobre interesses políticos e econômicos, mais fortes quando se trata de coibir o uso das demais armas convencionais e de destruição em massa. Vale ressaltar a contribuição do CICV para o alcance desse resultado, já que, desde a década de 1970, convocava reuniões internacionais para discutir o assunto.

Além de dever ao Direito Internacional Humanitário o próprio nascimento e subsídios para progredir, o Direito Internacional do Desarmamento e da Não-Proliferação comparte com aquele conjunto normativo o desejo de promover a paz. Enfrenta, todavia, maiores dificuldades, oriundas principalmente de razões políticas e econômicas ligadas à indústria armamentista ou de outras que se beneficiam de tecnologia sensível, que pode ser utilizada para fins militares. A superação das dificuldades de implementação dos pactos multilaterais já assinados ou dos que ainda serão negociados dependerá não só do número de países aderentes, mas também da perseguição de meta há muito defendida nos foros humanitários: o caráter impositivo.

Valores universais: humanidade sobreposta às culturas

⁶⁹ MATHEWS, Robert J.; MCCORMACK, Timothy L.H, *op. cit. supra*.

Cláusula de Martens: caráter impositivo

Durante as negociações da Conferência Internacional da Paz da Haia de 1899, o Delegado do Governo da Rússia, Fiódor Fiódorovich Martens⁷⁰, propôs declaração, hoje conhecida como *Cláusula de Martens*, mais tarde incluída no Preâmbulo da II Convenção relativa às Leis e Costumes da Guerra Terrestre:

Até que surja um código mais completo das leis da guerra, as Altas Partes Contratantes julgam oportuno reconhecer que, nos casos não previstos pelas disposições regulamentárias adotadas, as populações e os beligerantes permanecerão sob a salvaguarda e alçada dos princípios do direito das gentes, oriundos dos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, das leis da humanidade e das necessidades da consciência pública.⁷¹

Esse enunciado foi redigido para tentar resolver uma controvérsia sobre o *status* jurídico que deveria ser atribuído aos civis que utilizavam armas contra forças ocupantes. Enquanto muitas potências militares queriam considerá-los franco-atiradores, alguns representantes de Estados menos populosos preferiam encará-los como combatentes legítimos. Desse debate, surgiu, assim, a Cláusula, que depois foi novamente inserida em diversos outros tratados e passou a receber distintas interpretações⁷².

Ressalvadas algumas poucas modificações, a *Cláusula de Martens* está no Preâmbulo da IV Convenção da Conferência da Haia de 1907; nas quatro Convenções de Genebra de 1949, respectivamente nos Artigos 63, 62, 142 e 158; no Artigo 1 (2) do I

⁷⁰ Martens esforçou-se energeticamente para promover a paz, desde as primeiras negociações que deram origem ao *direito da Haia*, das quais participou como representante da Rússia, especialmente das duas Conferências da Paz de 1899 e 1907. Pelo papel que exerceu, é considerado um dos fundadores do Direito Internacional Humanitário. Cf. POUSTOGAROV, Vladimir Vasilievitch. *Un humaniste des temps modernes : Fiodor Fiodorovitch Martens (1845-1909)*. **Revue internationale de la Croix-Rouge**. Genève, CICR, n. 819, pp. 322-338, 30-06-1996. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/iwpList74/5A202D451E295A00C1256C75003D9FDA>>. Acesso em: 03 dez. 2004.

⁷¹ SCHINDLER, Dietrich; TOMAN, Jiří, *op. cit. supra* n. (28), p. 72.

⁷² TICEHURST, Rupert. The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict. **International Review of the Red Cross**, n. 125, 30-04-1997, pp. 125-134. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList74/32AEA038821EA35EC1256B66005A747C>>. Acesso em: 03 dez. 2004.

Protocolo Adicional de 1977 e também nos Preâmbulos do II Protocolo do mesmo ano e da CCW de 1980⁷³.

Não há, porém, um único entendimento sobre o significado exato da *Cláusula de Martens*. A compreensão mais literal seria a da obrigatoriedade do direito consuetudinário internacional mesmo quando não haja norma convencional que disponha sobre o assunto. Em outras palavras, se uma situação não está prevista em nenhum tratado, as práticas humanitárias regulares suprirão a lacuna normativa⁷⁴.

Segundo outra visão igualmente restrita, o desenvolvimento de novas armas não previstas por nenhum acordo internacional de limitação da guerra não seria justificativa para afirmar a ausência do Direito. De novo, aplicam-se os princípios humanitários até que se acorde texto para regulamentar a questão⁷⁵.

Conforme interpretações mais amplas, “estipula-se na Cláusula que o que não está explicitamente proibido por um tratado, não está permitido *ipso facto*”, ou, ainda, que as limitações nos conflitos armados são determinadas não só pelas convenções e costumes, mas pelos princípios do Direito Internacional, que não os substituiriam, senão os complementariam⁷⁶. Esse foi, por exemplo, o ponto de vista da Corte Internacional de Justiça quando opinou sobre a legalidade do emprego de armas nucleares, no parecer supracitado.

Independentemente da perspectiva pela qual se observa a *Cláusula de Martens* – seja do alcance amplo ou estrito que possa apresentar ou de sua inserção no direito

⁷³ KIEGER, César Amorim. **Direito Internacional Humanitário**: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional. Curitiba: Juruá, 2004, p. 245.

⁷⁴ MIYAZAKI, Shigeki. The Martens Clause and international humanitarian law. In: SWINARSKI, Christophe (rédacteur), *op. cit. supra* n. (21), pp. 436-437.

⁷⁵ *Id. ibid.*

⁷⁶ TICEHURST, Rupert, *op. cit. supra*.

consuetudinário, apesar da origem convencional⁷⁷ –, não se pode negar que o enunciado concebido pelo diplomata russo ajudou o Direito Internacional Humanitário a adquirir caráter ainda mais impositivo. Em suma, a comunidade de Estados admitiu que os princípios da humanidade vigoram em qualquer tempo e situação, que a violência nunca poderá ser exercida sem que o Direito tente limitá-la. Decorrência lógica desse fato, todos têm o dever de, além de respeitar, garantir o respeito desses valores.

“Respeitar e fazer respeitar”: obrigações *erga omnes*

“As Altas Partes Contratantes comprometem-se a respeitar e fazer respeitar, em todas as circunstâncias, a presente Convenção”. Eis o teor do Artigo 1 de cada uma das Convenções de Genebra de 1949 e do I Protocolo de 1977, textos que formam a base do corpo normativo do Direito Internacional Humanitário⁷⁸. O enunciado não foi repetido no II Protocolo, mas, como esse tratado “desenvolve e completa o Artigo 3 comum às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949”⁷⁹, a obrigação é válida da mesma forma para os conflitos armados não internacionais⁸⁰.

Essa dupla incumbência reconhecida em âmbito convencional reforça o caráter impositivo do Direito Internacional Humanitário definido pela *Cláusula de Martens*. Os princípios humanitários são válidos e devem ser seguidos não somente na ausência de dispositivos expressos que os precisem, mas constituem obrigações *erga omnes*, que vinculam

⁷⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque, *op. cit. supra*, p. 327.

⁷⁸ Na frase do Artigo 1 (1) do I Protocolo de 1977, houve a troca, obviamente, da expressão *a presente Convenção* por *o presente Protocolo*.

⁷⁹ Cf. II Protocolo de 1977, Artigo 1 (1).

⁸⁰ CONDORELLI, Luigi; CHAZOURNES, Laurence Boisson de. Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de « respecter et faire respecter » le droit international humanitaire « en toutes circonstances ». In: SWINARSKI, Christophe (rédacteur), *op. cit. supra* n. (21), p. 17.

os Estados que voluntariamente se comprometeram, os indivíduos submetidos a essas jurisdições nacionais, bem como terceiros, o que a doutrina alemã chama de *Drittwirkung*⁸¹.

Mesmo que a exigência de “respeitar” as normas humanitárias não seja considerada uma inovação, tampouco deve ser entendida como redundante. O princípio *pacta sunt servanda* – consagrado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Artigo 26: “todo tratado em vigor vincula as Partes e deve ser cumprido de boa fé”⁸² –, seria suficiente para revelar o comprometimento daqueles que assinaram as Convenções de Genebra de 1949 e os Protocolos Adicionais de 1977. A locução “fazer respeitar” reforça, entretanto, essa obrigatoriedade e amplia o sentido que já estaria implícito na simples adesão a esses acordos internacionais.

Assegurar a obediência de terceiros (*Drittwirkung*), “em todas as circunstâncias”, envolve comportamento ativo; ações preventivas e coativas, em períodos pacíficos ou conflituosos; dissociação de qualquer condicionamento ou consideração de reciprocidade⁸³, que constitui uma das principais regras de conduta da Diplomacia. Esse fato foi reconhecido pela Convenção de Viena de 1969:

Artigo 60 – Término ou suspensão da vigência de um tratado em decorrência de sua violação (...) 5 – O disposto nos parágrafos 1 a 3 [violação substancial de um tratado] não se aplica às disposições relativas à proteção da pessoa humana contidas em tratados de natureza humanitária, especialmente às disposições que proíbem qualquer forma de represálias contra pessoas protegidas pelos referidos tratados.⁸⁴

Assim, nem mesmo a transgressão considerável de alguma regra acordada, o que seria justificativa para o fim ou interrupção de qualquer pacto internacional, pode ser

⁸¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, op. cit *supra* 36), p. 371.

⁸² Cf. UN. **Vienna Convention on the Law of Treaties**, adopted on 22 May 1969. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm#abstract>>. Acesso em: 05 dez. 2004.

⁸³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, op. cit *supra* n. (36), p. 357.

⁸⁴ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Artigo 60 (5).

alegada como motivo para o desrespeito do Direito Internacional Humanitário. Tratam-se, pois, de valores de toda a Humanidade, hierarquicamente superiores a qualquer relativismo cultural. É o reconhecimento jurídico da importância da paz, de caráter universal, em detrimento da guerra, de índole local, nacional ou regional.

Como prova dessa realidade, muitos dos preceitos contidos nas Convenções de Genebra de 1949 são reconhecidos como *jus cogens*⁸⁵, consoante a definição da mesma Convenção de Viena supracitada:

Artigo 53 – Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, norma imperativa de direito internacional geral é a norma aceita e reconhecida por toda a comunidade internacional de Estados como norma cuja derrogação não é permitida e que somente pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.⁸⁶

Para “fazer respeitar” essas normas imperativas, os Estados devem recorrer, como já afirmado, a ações preventivas e coercitivas. Entre os procedimentos de precaução, encontram-se as medidas nacionais de implementação das normas do Direito Internacional Humanitário⁸⁷ – adoção de leis internas que regulamentem a aplicação do acordado no plano internacional – e a difusão das normas humanitárias em tempos de paz⁸⁸.

Exemplos de possíveis iniciativas de coibição são as “medidas que visam a exercer pressões diplomáticas”; as “que os Estados podem tomar por conta própria”; as “de cooperação com organizações internacionais”; e as “contribuições à ação humanitária”. Como

⁸⁵ SCHINDLER, Dietrich. Significance of the Geneva Conventions for the contemporary world. **International Review of the Red Cross**, n. 836, 31-12-1999, pp. 715-729. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList175/AE4906265A2A7F0AC1256B66005DCA3D>>. Acesso em: 05 dez. 2004.

⁸⁶ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Artigo 53.

⁸⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, op. cit *supra* n. (36), p. 358.

⁸⁸ Esses dois assuntos são temas de análise dos itens 3.2.2 e 3.3.1, respectivamente.

referência do primeiro tipo, cita-se o protesto de embaixadores acreditados junto ao governo do Estado violador ou a queixa aos mais altos representantes desse país no exterior; do segundo, a ruptura de relações diplomáticas; do terceiro, a interrupção completa ou parcial das relações econômicas com o governo transgressor, conforme o Artigo 41 da Carta das Nações Unidas; e, do quarto, o apoio à obra de instituições como a Cruz Vermelha⁸⁹.

O disposto no Artigo 1 das Convenções de Genebra de 1949 “pertence a um seleto grupo de normas e princípios considerados pela comunidade internacional como essenciais para a promoção de *considerações elementares de humanidade*, do qual a Cláusula de Martens e a obrigação de *respeitar e fazer respeitar* fazem parte”⁹⁰. É preciso atenção, no entanto, para evitar que o caráter impositivo do Direito Internacional Humanitário não seja desvirtuado. Sua propensão natural é a paz, a condenação da violência. As medidas esperadas dos Estados para assegurar seu cumprimento devem necessariamente ser pacíficas e condenar a força, ao invés de usá-la. Imprescindível, assim, distinguir *assistência* de *intervenção humanitária*.

Assistência e intervenção humanitárias: antônimos

A perfeita compreensão do significado das expressões *assistência* e *intervenção humanitárias* permite afastar entendimentos opostos à visão defendida neste

⁸⁹ PALWANKAR, Umesh. Mesures auxquelles peuvent recourir les Etats pour remplir leur obligation de faire respecter le droit international humanitaire. **Revue internationale de la Croix-Rouge**. Genève, CICR, n. 805, pp. 11-27, 28-02-1994. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/iwpList510/DF4E4338E466269DC1256C75003CD257>>. Acesso em: 05 dez. 2004.

⁹⁰ CONDORELLI, Luigi; CHAZOURNES, Laurence Boisson de. Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests. **International Review of the Red Cross**, n. 837, 31-03-2000, pp. 67-87. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList177/CBCB2AE7846BD1E9C1256B66005E32F5>>. Acesso em: 05 dez. 2004.

artigo. A referência a essas noções como sinônimas ou, mais especificamente, a invocação do Direito Internacional Humanitário como justificativa para o emprego da força, pode levar a conclusões equivocadas e incompatíveis com os princípios sobre os quais se baseia esse corpo normativo. Para as devidas distinções que se pretende indicar, faz-se necessário recordar alguns conceitos analisados anteriormente.

Como já afirmado, o *jus ad bellum* encontra-se atualmente disciplinado pela Carta das Nações Unidas de 1945 e somente deve ser admitido em três situações: legítima defesa, guerras de libertação nacional e operações de imposição da paz (Capítulo VII). Neste último caso, está a base legal para o que recentemente se passou a chamar de *intervenção humanitária*, resultado da tentativa de unir idéias inconciliáveis. Essa interferência pressupõe o constrangimento forçoso da vontade dos que resistem, o que contraria o princípio da *humanidade*, cuja aplicação depende necessariamente do consentimento das partes envolvidas em um conflito armado.

O Artigo 39 da Carta da ONU, primeiro do Capítulo VII, prevê que “o Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas (...) a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais”. Diante de fatos previstos nesse dispositivo, a comunidade internacional, representada pelo referido órgão das Nações Unidas, pode tomar a decisão política de interferir militarmente em conflagrações nas quais ocorra o desrespeito de direitos humanos ou humanitários. Não é o Direito Internacional Humanitário, assim, que legitima essas ações denominadas erroneamente de *intervenções humanitárias*, mas o sistema instituído em 1945 para fazer prevalecer o *jus contra bellum*.

Essas operações da ONU tampouco se confundem com a obrigação de “fazer respeitar” os princípios humanitários, prevista nas Convenções de 1949 e no I Protocolo de 1977. As medidas a serem tomadas para garantir o cumprimento do Direito Internacional Humanitário excluem qualquer possibilidade do uso da força, em oposição ao previsto no Capítulo VII.

Ainda mais distante do caráter pacificador do Direito Internacional Humanitário está o entendimento de *intervenção humanitária* como autorização da ingerência armada de um Estado em território de outro para reprimir violações de direitos humanos ou humanitários (sentido amplo) ou para proteger os próprios cidadãos em perigo nesses combates (acepção restrita)⁹¹. Essa concepção é desprovida de qualquer respaldo jurídico e transgride o esforço pela paz proposto pela Carta da ONU.

Inversa à idéia de *intervenção*, encontra-se a de *assistência humanitária*⁹². Ao mesmo tempo em que rejeita o emprego da violência, o Direito Internacional Humanitário impõe aos combatentes o respeito ao socorro oferecido às vítimas dos conflitos armados:

Cada Alta Parte Contratante concederá livre passagem a qualquer remessa de medicamentos, material sanitário e de objetos necessários ao culto, destinados unicamente à população civil de uma outra Parte Contratante, mesmo inimiga. Autorizará igualmente a livre passagem de toda remessa de víveres indispensáveis, vestuários e fortificantes destinados às crianças menores de 15 anos, mulheres grávidas e parturientes. (...) ⁹³

Quando a população civil de um território sob controle de uma Parte no conflito, que não seja território ocupado, estiver insuficientemente abastecida dos materiais e gêneros mencionados no artigo 69 [vestuário, equipamento de pernoite, alojamentos de urgência e outros abastecimentos essenciais à sobrevivência da população civil do território ocupado e objetos

⁹¹ SANDOZ, Yves. Droit ou devoir d'ingérence, droit à l'assistance : de quoi parle-t-on? **Revue internationale de la Croix-Rouge**. Genève, CICR, n. 795, pp. 225-237, 31-08-1992. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/iwpList74/31704A7BFD848516C1256C7500402AF1>>. Acesso em: 10 dez. 2004.

⁹² Sobre a noção de *direito à assistência humanitária*, cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, op. cit *supra* n. (36), pp. 429-433.

⁹³ Cf. IV Convenção de Genebra de 1949, Artigo 23, *caput*.

necessários ao culto], serão realizadas ações de socorro de caráter humanitário e imparcial, conduzidas sem qualquer discriminação de caráter desfavorável, sem prejuízo do assentimento das Partes interessadas. As ofertas de socorro que preencham as condições acima mencionadas não serão consideradas nem ingerência no conflito armado, nem atos hostis. (...)⁹⁴

Percebe-se aí a clara diferença entre *assistência* e *intervenção humanitárias*.

Não há relação de similaridade ou de subordinação entre essas noções. Os agentes que prestam ajuda humanitária necessitam de imparcialidade e independência dos militares para que os interesses das partes combatentes não deturpem a proteção dos não-envolvidos nas batalhas. O socorro às vítimas não deve ser imposto pela via bélica e nenhuma ação armada exclui a aplicação do Direito Internacional Humanitário, que se mantém impositivo independentemente da legitimidade dos ataques.

A *assistência humanitária* é mais eficiente, entretanto, quando existe um *espaço humanitário* em que possa atuar, ou seja, um ambiente no qual os prestadores de auxílio têm liberdade e segurança para agir. A criação ou manutenção desse espaço depende da atitude dos que lutam, mas os campos de ação continuam distintos. “Somente sobre a base de um claro entendimento e de respeito pelos mandatos e limitações de cada um, pode-se chegar a uma real complementaridade entre os atores militares e humanitários. De maneira conjunta, os esforços podem conduzir à meta final que é construir a paz”⁹⁵.

⁹⁴ | Protocolo Adicional de 1977, Artigo 70 (1).

⁹⁵ FORSTER, Jacques. **"Intervención Humanitaria" y Derecho Internacional Humanitario**. Discurso inaugural del Noveno Seminario Anual de DIH para Diplomáticos acreditados en las Naciones Unidas. Ginebra: CICR, 8 y 9 de Marzo de 2000. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList74/0DDE5D3CEBB7CA7CC1256DE10062826D>>. Acesso em: 11 dez. 2004.