

Os Direitos Humanos como limite material do Direito Internacional Humanitário

Helen Fabricio Arantes

Especialista em Direito Militar
Servidora da Justiça Militar da União

“as necessidades da guerra devem cessar ante as exigências da humanidade”

RESUMO: O Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos são complementares: buscam a proteção da vida, da saúde e da dignidade da pessoa, embora tenham focos diferentes. O legado da Batalha de Solferino e o fim das Guerras do século XIX tiveram um papel importante nessa aproximação e impulsionaram o enfrentamento das questões humanitárias, seja em tempo de guerra ou de paz. A Carta das Nações Unidas bem retratou o sentimento universal de descontentamento com as consequências deixadas pelas Grandes Guerras e representou um marco para a humanidade, pois colocou a proteção da vida humana no centro do ordenamento jurídico, além de proibir o uso da força pelos Estados. Nesse contexto, o texto traça linhas gerais pertinentes ao conceito, origens, regras e princípios fundamentais de ambos os ramos do Direito, a fim de contribuir para o debate e a divulgação desse arcabouço jurídico. Retrata ainda, em breve passagem, a missão do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e a criação do Tribunal Penal Internacional como instrumento de enfrentamento de graves violações dos direitos humanos. Aborda o princípio da humanidade como regra fundamental e traça um paralelo das principais coincidências e distinções entre o Direito da Guerra e os Direitos Humanos. O debate se faz necessário, pois o conhecimento dessas normas é o primeiro passo para sua aplicação e efetividade.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Internacional Humanitário. Direitos Humanos. Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos. Tribunal Penal Internacional. Dignidade da pessoa humana. Princípio da Humanidade.

ENGLISH

TITLE: Human Rights as a material limitation to the Humanitarian International Law.

ABSTRACT: The International Humanitarian Law and the International Human Rights Law are complementary: they aim towards the protection of life, health and dignity of people. The legacy of the Battle of Solferino and the end of the wars of the nineteenth century had an important role in this approximation and boosted the discussions of the humanitarian matters, be it in times of war or peace. The Charter of the United Nations portrayed the universal feeling of discontent left by the Great Wars and represented a historic mark for humanity because it placed the protection of human life at the center of the legal system, in addition to restricting the use of strength by the nations. In this context, the text draws general lines pertinent to the concept, origins, rules and fundamental principles of both branches of law, in order to contribute to the debate and dissemination of this legal framework. The text also briefly portrays the mission of the International Committee of the Red Cross and the creation of the International Criminal Court as an instrument for facing serious human rights violations. It approaches the humanitarian principles as a fundamental rule and draws a parallel of the main similarities and distinctions between the Law of the War and Human Rights. The debate is necessary, because the knowledge of these norms is the first step towards their application and effectiveness.

KEYWORDS: International Humanitarian Law. Human Rights. International Human Rights Law. Human Rights Protection Systems.

International Criminal Court. Rights and dignity of persons. Humanitarian Principles.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O Direito Internacional Humanitário (DIH) – 2.1 Conceito – 2.2 Origens do DIH – 2.3 – Arcabouço jurídico do DIH – 2.4 O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) – 2.5 Regras e princípios fundamentais do Direito Internacional Humanitário – 2.5.1 Princípio da humanidade (cláusula Martens) – 2.5.2 Princípio da necessidade militar – 2.5.3 Princípio da proporcionalidade – 2.5.4 Princípio da limitação – 2.5.5 Princípio da distinção – 3 O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) – 3.1 Conceito – 3.2 Origens do DIDH – 3.3 Arcabouço jurídico do DIDH – 3.3.1 Sistema universal de proteção dos direitos humanos – 3.3.2 Sistemas regionais de proteção dos direitos humanos – 3.4 Características dos direitos humanos – 3.4.1 Historicidade – 3.4.2 Inalienabilidade – 3.4.3 Imprescritibilidade – 3.4.4 Universalidade – 3.4.5 Indivisibilidade e interdependência – 4 O Tribunal Penal Internacional – 5 Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos: comparações e distinções – 6 Conclusão..

1 INTRODUÇÃO

As sequelas deixadas pelos enfrentamentos bélicos denunciaram (e denunciam ainda hoje) uma desvalorização da vida e do sofrimento humano. O Direito Internacional Humanitário nasceu a partir da complacência por essa aflição e mantém-se vivo, apesar de não conseguir evitar novos combates. Dessa forma, a codificação de direitos humanos universais fundamentais pelas Nações Unidas veio em boa hora, a fim de ratificar a compaixão pelo inimigo nos campos de batalha.

Nesse contexto, o trabalho abordará o conceito, as origens e os principais acordos internacionais legais pertencentes ao mundo jurídico

dos Direitos Humanos e do Direito da Guerra, nas suas duas vertentes. Para tanto, dissertará acerca dos sistemas de proteção dos Direitos Humanos, a trajetória da criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e do Tribunal Penal Internacional, enfatizando-os como importantes instrumentos na luta pela dignidade humana e no combate dos crimes internacionais mais sérios contra a humanidade.

Ademais, o texto enfatizará a importância da aplicação prática do princípio da humanidade, quando a legislação não mais alcançar os casos concretos; sem deixar de dissertar, em breves linhas, sobre os demais princípios que regem os meios e os métodos de guerra e ainda sobre a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Dessa forma, o trabalho coloca a preservação da vida e da dignidade humana no centro das atenções, mesmo quando houver, devido à falta de paz, derrogação das normas de Direitos Humanos. Através de uma singela, mas não desimportante comparação entre os Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Conflitos Armados, o texto aborda o lugar de cada um desses ramos no contexto internacional.

O tema é relevante, pois a divulgação das normas de DICA faz parte de um compromisso assumido pelos Estados para com a sociedade internacional, a fim de fazer cumprir as determinações das Nações Unidas de tornar o assunto mais conhecido da comunidade jurídica e da população em geral, e principalmente dos integrantes das Forças Armadas.

2 O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO (DIH)

2.1 Conceito

O Direito Internacional Humanitário (DIH) é também conhecido como “Direito da Guerra” ou “Direito dos Conflitos Armados” (DICA) e traduz-se no ramo do Direito Internacional que tem por finalidade regulamentar os conflitos armados, com o intuito de proteger aqueles que não

participam ou que deixaram de participar das hostilidades, e ainda estabelecer e limitar meios e métodos de combate.¹

Nesse contexto, é bastante didática a definição dada por Christophe Swinarski:

É o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente 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, 1996)

O DIH tem como destinatários principais as partes beligerantes e ambiciona limitar a violência aos níveis estritamente necessários, para que se atinja o objetivo da batalha com o menor dano possível, além de buscar proteger os civis e os combatentes que estejam fora de combate, como os feridos, doentes e náufragos ou os prisioneiros de guerra.

2.2 Origens do DIH

As “leis da guerra” existem desde quando há guerras entre os povos. Embora esse Direito na sua forma atual seja relativamente recente, sempre existiram normas costumeiras relativas aos meios de combates. O estudo aponta que em certas civilizações antigas já havia uma preocupação com os limites das hostilidades e com o tratamento dado ao inimigo, de forma que, “a opressão dos mais fracos não era necessária para se alcançar os verdadeiros objetivos buscados nas guerras” (GUERRA, 2011). Portanto, pode-se afirmar que o homem, em todas as épocas e nas mais diversas culturas já procurava estabelecer condutas para seus exércitos no campo de batalha.

Todavia, as primeiras tentativas de uma sistematização internacional do Direito Humanitário de Guerra tiveram início no ano de 1859, a partir de iniciativas do cidadão suíço Henry Dunant, que, em viagem de negócios a

¹ O que é o Direito Internacional Humanitário? disponível em: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndf7.htm>

Itália, foi testemunha das consequências devastadoras da Batalha de Solferino e ali mesmo improvisou socorro e buscou aliviar o sofrimento dos feridos. Ao retornar a Genebra, Dunant publicou o livro “Lembrança de Solferino”. Mais de que um relato da sua experiência vivida naquele contexto de guerra, o escrito revelou propostas para o futuro, a fim de evitar a repetição do sofrimento vivenciado naquela batalha.

O objetivo de Dunant era criar em todos os países “sociedades voluntárias de socorro com o propósito de garantir que os feridos em períodos de guerra sejam assistidos” e formular um “princípio internacional sancionado por uma Convenção de caráter inviolável” que serviria como base e apoio para as sociedades de socorro (DUNANT, 2016).

A partir de então, o nobre cidadão não economizou esforços para viabilizar instrumentos de proteção aos feridos no campo de batalha. Em 1863, Dunant reuniu um comitê particular formado por cinco homens – o “Comitê dos Cinco” e organizou uma conferência que contou com a presença de representantes de dezesseis países, na qual resultou na fundação da Cruz Vermelha Internacional (DUNANT, 2016).

Em agosto de 1864, foi adotada a “Convenção de Genebra para a Melhoria da Condição dos Feridos dos Exércitos em Campanha”, cujo texto reconheceu a neutralidade dos hospitais e ambulâncias militares e do pessoal médico militar das Forças Armadas. Adicionalmente, estabeleceu o compromisso de os exércitos recolherem e tratarem os militares feridos e doentes, independentemente de suas nacionalidades.

A Convenção elegeu ainda a cruz vermelha sobre o fundo branco (cores da bandeira suíça invertida), como distintivo e símbolo para proteção das pessoas e dos estabelecimentos envolvidos no socorro médico militar. A organização da Cruz Vermelha Internacional desenvolveu-se e evoluiu com o passar dos tempos para “Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha” e se tornou no atual Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV).

Paralelamente, em 1863, no contexto da Guerra de Secessão, a pedido do Presidente Abraham Lincoln, o professor de Direito Francis Lieber elaborou um documento para instruções sobre o comportamento dos exér-

bitos dos Estados Unidos em campanha. O Código de *Lieber* foi a primeira experiência de codificação de leis e costumes de guerra existentes à época. Contudo, não possuía a característica de um tratado, pois fora pensado somente para os soldados da União da Guerra Civil dos EUA (PALMA, 2016).

Seguidamente, vários textos foram elaborados, dos quais se destacam: a Declaração de São Petersburgo (1868) sobre proibição de projéteis explosivos que pesam menos que 400 gramas; a Declaração de Haia (1899) sobre proibição de balas que se expandem ou se achatam no corpo humano; e o Protocolo de Genebra (1925) sobre armas biológicas; entre outros.²

Ademais, a partir do contexto das duas Grandes Guerras por quais passaram a humanidade na segunda metade do século XIX³, desenvolveram-se instrumentos legais universais de regramento para as situações de conflitos armados (ROVER, p. 112, 2005). As consequências devastadoras daquelas hostilidades contribuíram de forma relevante para a positivação das normas do Direito da Guerra.

2.3 Arcabouço jurídico do DIH

O Direito Internacional Humanitário possui uma legislação bastante vasta e diversificada proveniente de acordos internacionais que representam um compromisso estabelecido entre os Estados quanto à proteção da dignidade e da vida humana por ocasião de conflitos armados. Divide-se em duas grandes vertentes: o “Direito de Genebra” e o “Direito de Haia”. O primeiro trata principalmente da proteção às vítimas de guerra e protege as pessoas que se encontram fora de combate (os que não participam ou não participam mais das hostilidades); e o segundo, regulamenta os meios e métodos de guerra, quanto à condução das operações militares.

Atualmente, existem vários instrumentos jurídicos internacionais que visam proteger civis e combatentes em situação de conflito armado; e

² Site do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (<https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/weapons/overview-weapons.htm>)

³ Primeira Grande Guerra (1914-1918) e Segunda Grande Guerra (1939-1945).

também, os que proíbem o manejo de certas armas e táticas militares. Notadamente, os mais importantes documentos elaborados sobre o DICA são as quatro Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais, que compõem o arcabouço jurídico principal do Direito Internacional Humanitário, a saber (CICV, 2016):

- a) Primeira Convenção de Genebra (1864), acerca da proteção dos feridos e enfermos das forças armadas em campanha;
- b) Segunda Convenção de Genebra (1907), acerca da proteção de feridos, enfermos e náufragos das forças armadas do mar;
- c) Terceira Convenção de Genebra (1929), que instituiu regime jurídico e proteção dos prisioneiros de guerra;
- d) Quarta Convenção de Genebra (1949), que revisou as convenções anteriores e acrescentou a proteção em relação aos civis, inclusive em territórios ocupados.

Seguidamente às Convenções, advieram seus três Protocolos Adicionais:

- a) Protocolo I (1977), sobre proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais, considerando que conflitos armados contra dominação colonial, ocupação estrangeira ou regimes racistas devem ser considerados como conflitos internacionais;
- b) Protocolo II (1977), sobre proteção de vítimas em conflitos armados não internacionais (guerras civis);
- c) Protocolo III (2007), que adicionou o emblema do cristal vermelho ao lado da cruz vermelha e do crescente vermelho.

As normas que regem a condução das hostilidades estão definidas nas Convenções de Haia, de 1899 e 1907, as quais determinam limitações quanto aos meios e métodos de guerra (CICV, 2016).

O “Direito de Haia”, em síntese, tem o condão de reger a condução das operações militares em um conflito armado e definir o uso adequado e lícito de táticas e armamentos militares. Essa vertente do DIH⁴ estabelece,

⁴ A dicotomia Direito de Haia/Genebra não carrega conotação geográfica dos instrumentos interna-

entre outras questões, as proibições de atacar os civis, seus bens, bens culturais, religiosos, lugares de cultos e a proibição de ataques indiscriminados. Também estabelece quais armas são vedadas, a proibição de causar graves danos ao meio ambiente e de atos terroristas, além de medidas de precaução. (CICV, 2016)

Incumbe aos Estados respeitar e fazer respeitar as normas do DIH, em quaisquer circunstâncias. Essa obrigação é de tamanha importância e foi inserida tanto na Convenção de Genebra quanto em seu Protocolo Adicional I, ambos no artigo 1, a saber:

CONVENÇÃO DE GENEBRA PARA A MELHORIA DAS CONDIÇÕES DOS FERIDOS E DOS DOENTES DAS FORÇAS ARMADAS EM CAMPANHA – Art. 1. As Altas Partes contratantes comprometem-se a respeitar e a fazer respeitar a presente Convenção em todas as circunstâncias (SEITENFUS, 2009, grifo nosso)

PROTOCOLO ADICIONAL I – Art. 1. As Altas Partes contratantes comprometem-se a respeitar e a fazer respeitar o presente Protocolo em todas as circunstâncias.⁵ (grifo nosso)

Extraí-se dos referidos textos que os Estados não somente têm a obrigação de cumprir e aplicar os tratados, mas também têm o dever de zelar para que outros Estados Partes também os cumpram e os apliquem. Isso inclui a adaptação de suas respectivas legislações nacionais aos ditames do Direito Internacional Humanitário.

Vale ressaltar que é compromisso dos Estados a difusão das normas de DICA, uma vez que o conhecimento desse ramo do Direito é essencial para o seu cumprimento e a consequente proteção das vítimas dos conflitos armados. As quatro Convenções de Genebra trazem em seu bojo assertivas quanto a esta exigência. Nesse sentido, segue o texto abaixo relativo ao artigo 47 da I Convenção:

Artigo 47. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a difundir o mais amplamente possível, tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, o texto da presente Convenção em seus próprios países

cionais, mas refere-se à natureza da norma. Também costuma ser usado de forma didática.

⁵ CICV. Protocolos Adicionais as Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949. Genebra, Suíça. 2017.

e, especialmente, incluir o seu estudo nos programas de instrução militar e, se possível, de instrução civil, de tal maneira que esses princípios sejam conhecidos pelo conjunto das forças armadas e da população civil.

Ademais, diversos instrumentos legais⁶ verbalizam este compromisso em divulgar e dar amplo conhecimento das normas de DICA, não somente entre os militares, mas também entre a população civil.⁷

2.4 O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV)

Fundado em 1863, o CICV é uma organização imparcial, neutra e independente cuja missão exclusivamente humanitária é proteger a vida e a dignidade das vítimas dos conflitos armados e outras situações de violência, de prestar-lhes assistência e evitar-lhes o sofrimento. Busca a promoção e o fortalecimento do direito e dos princípios humanitários universais.⁸

Dessa forma, a organização trabalha no mundo todo para levar assistência humanitária às pessoas afetadas pelas guerras, pois é instituição promotora e guardiã do DIH. Dentre as atividades do Comitê incluem-se as visitas aos prisioneiros de guerra e dos civis internados, a promoção do reencontro entre familiares separados pelas hostilidades e a assistência à população civil, a fim de proporcionar-lhes um mínimo de dignidade em tempos de conflito armado. (PALMA, 2016)

Durante as ações militares, o uso dos emblemas de símbolo visível destina-se à proteção conferida pela legislação aos colaboradores humanitários, ao pessoal médico e religioso das Forças Armadas, os serviços sanitários, às unidades e aos meios de transporte sanitários. Os emblemas indicam que uma pessoa ou um bem deve ser protegido de ataques.⁹

⁶ Convenções de Genebra I, 47, II, 48, 127 III e IV, 144; PI, art. 83; PII, art. 19; Haia (1954), art. 25, entre outros.

⁷ Site da Cruz Vermelha. <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5ybl8t.htm>

⁸ Site da Cruz Vermelha. <https://www.icrc.org/pt/o-cicv>

⁹ Site da Cruz Vermelha <https://www.icrc.org/pt/o-cicv>

Atualmente, além da cruz vermelha, são utilizados também o crescente vermelho e o cristal vermelho como símbolos do Movimento da Cruz Vermelha.¹⁰

2.5 Regras e princípios fundamentais de Direito Internacional Humanitário

Além dos acordos e tratados inerentes ao DIH, este ramo do Direito conta com algumas regras e princípios basilares, os quais fundamentam e norteiam a condução dos conflitos armados. É premissa básica que a escolha dos meios e métodos para se atacar o inimigo não é sem limites e as pessoas fora de combate devem ser respeitadas.

Dessa forma, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) buscou sintetizar sete regras fundamentais¹¹ que compõem o *ius in bello*:¹²

- a) as pessoas fora de combate e aquelas que não participam diretamente das hostilidades têm direito ao respeito a sua vida e a integridade moral e física. Devem, em qualquer circunstância, ser protegidas e tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção adversa;
- b) é proibido matar ou ferir um inimigo que tenha se rendido ou que esteja fora de combate;
- c) os feridos e doentes devem ser recolhidos e tratados pela Parte no conflito que os tem em seu poder. A proteção também abrange a equipe médica, os estabelecimentos, os transportes e os equipamentos médicos. O emblema da cruz vermelha e do crescente vermelho são os sinais desta proteção e devem ser respeitados;
- d) os combatentes capturados e os civis que se encontram sob a autoridade da Parte Adversa têm direito ao respeito a sua vida, a

¹⁰ Site da Cruz Vermelha. <https://www.icrc.org/pt/o-cicv>

¹¹ Site da Cruz Vermelha: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/basic-rules-ihl-311288.htm>

¹² Sinônimo de DIH, sua função é minimizar o sofrimento durante os conflitos armados; proteger e auxiliar às vítimas do conflito.

sua dignidade, aos seus direitos individuais e as suas convicções pessoais. Eles serão protegidos contra todo ato de violência e represálias. Eles terão direito de trocar correspondências com seus familiares e de receber socorro;

e) toda pessoa se beneficiará das garantias judiciárias fundamentais. Ninguém será responsabilizado por um ato que não cometeu. Ninguém será submetido à tortura física ou mental, nem a penas corporais ou tratamentos cruéis ou degradantes;

f) as Partes no conflito e os membros de suas forças armadas não têm direito ilimitado quanto à escolha de métodos e meios de guerra. É proibido empregar armas ou métodos de guerra que causem perdas inúteis ou sofrimentos excessivos; e

g) as Partes no conflito farão, a todo tempo, a distinção entre a população civil e os combatentes, de maneira a poupar a população e os bens civis. Nem a população civil como tal, nem as pessoas civis devem ser objeto de ataques. Os ataques somente serão dirigidos contra os objetivos militares.

Importante consignar que a resolução das controvérsias internacionais por meios pacíficos é medida que se impõe aos Estados a partir da Carta da ONU (1948), conforme consta no seu artigo 2, parágrafos 3 e 4:

3. Todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por **meios pacíficos**, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

4. Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o **uso da força** contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas. (grifo nosso)

O texto traz a expressão “uso da força” em substituição à palavra guerra e também consagra o princípio da resolução dos conflitos internacionais por meios pacíficos. Contudo, o artigo 51 da referida Carta permite aos Estados o uso da força em resposta a um ataque armado ou para fins de manutenção ou restabelecimento da paz e segurança internacionais, a saber:

Artigo 51. 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. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa **serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança** e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais. (grifo nosso)

O artigo estabelece ainda que os atos de legítima defesa praticados devem ser comunicados ao Conselho de Segurança da ONU e só são lícitos se praticados até que o órgão tome as medidas necessárias para se reestabelecer a paz e a segurança internacional.

Portanto, fica evidenciado que a resposta armada por um Estado é medida excepcional e que a comunidade internacional elegeu a paz como regra. Assim, os Estados devem buscar, a todo o tempo, soluções pacíficas para os conflitos.

2.5.1 Princípio da humanidade (*cláusula Martens*)

O princípio da humanidade é considerado um princípio geral pelo DIH e está inserido em diversos instrumentos legais¹³, dos quais vale destacar a redação do Artigo 1, inciso 2 do Protocolo Adicional I:

Artigo 1. (...) 2. nos casos não previstos pelo presente Protocolo ou por outros acordos internacionais, os civis e os combatentes ficarão sob a proteção e a autoridade dos princípios de direito internacional, tal como resulta do costume estabelecido, dos **princípios humanitários** e das exigências da consciência pública. (grifo nosso)

O enunciado acima é fruto da proposta do professor Fyodor Fyodorovich *Martens*, delegado russo, na Primeira Conferência Internacional da Paz de 1899, em Haia. Consagrado como “*cláusula Martens*”, o postulado tem

¹³ Além do Protocolo Adicional I, nas Convenções de Genebra I, II, III e IV, artigos 63, 62, 142 e 158, respectivamente.

por escopo evitar e aliviar, a todo custo, o sofrimento humano. (CINELLI, 2016)

Conseqüentemente, o significado da cláusula permite uma interpretação de que “qualquer ato que não seja proibido explicitamente pelo DIH, não é automaticamente permissível.” Assim, em caso de lacunas por parte do DIH, ou no caso de denúncia aos tratados, os civis e combatentes ficam cobertos sob o manto da dignidade da pessoa humana e dos princípios do direito internacional, derivados dos costumes e dos princípios da humanidade. (PALMA, 2016)

Cabe evidenciar que o preâmbulo da Declaração de São Petersburgo (1868) sobre a proibição do uso de certos projéteis em tempo de guerra, dispõe que “os limites técnicos ou as necessidades da guerra deveriam cessar diante das exigências da humanidade.” (PALMA, 2016)

Assim, pode-se afirmar que o princípio em questão traduz-se na razão de existência do DICA, uma vez que a legislação sobreleva a humanidade ao *status* de princípio geral. Logo, a solução deve pautar-se, em última análise, pelo respeito à dignidade da pessoa.

2.5.2 Princípio da necessidade militar

O princípio da necessidade militar “permite o uso proporcional da força durante um conflito armado para conseguir que o inimigo se renda ou para degradar suas forças armadas.” (CINELLI, 2016)

Por outro lado, este princípio não é absoluto, ao passo que impede que uma Parte em um conflito armado empregue força além da necessária para atingir seus objetivos. Nesse sentido, o artigo 54 do Protocolo Adicional I, de 1997, regulamenta:

1. É proibido utilizar a fome dos civis como método de guerra. **2.** É proibido atacar, destruir, retirar ou pôr fora de uso bens indispensáveis à sobrevivência da população civil, tais como os gêneros alimentícios e as zonas agrícolas que os produzem, colheitas, gado, instalações e reservas de água potável e obras de irrigação, **com o objetivo específico de privar a população civil ou a Parte adversa de seu valor de subsistência**, qualquer que seja o motivo que inspire

aqueles atos, seja para provocar nos civis a fome, seu deslocamento ou outros motivos. (...) 5. Tendo em conta as exigências vitais de qualquer Parte em conflito, para a defesa de seu território nacional contra invasão, são permitidas a uma Parte em conflito, em território sobre seu controle, derrogações das proibições previstas no parágrafo 2, **se necessidades militares imperiosas** assim o exigirem.¹⁴ (grifo nosso)

Nessa esteira, o Estado não pode dirigir ataques ao inimigo “a qualquer preço”, antes, porém, deve avaliar o ganho militar advindo da ação. Ademais, a valoração errada da necessidade militar em atacar pode configurar um crime de guerra, nos termos do artigo 8, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.¹⁵

2.5.3 Princípio da proporcionalidade

Por este princípio os ataques não podem causar perdas e danos excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta esperada. “É proibido lançar um ataque que provavelmente cause a morte incidental ou danos aos civis e/ou estragos excessivos aos bens civis em relação à vantagem militar concreta e direta prevista.” (CICV, 2015). O aludido princípio encontra-se evidenciado no artigo 57 do Protocolo Adicional I:

Artigo 57 – Precauções no ataque: 1. (...) (III) abster-se de lançar um ataque do qual se possa esperar que venha a causar acidentalmente perdas de vidas humanas na população civil, ferimentos nos civis, danos nos bens de caráter civil ou uma combinação dessas **perdas e danos que seriam excessivos relativamente à vantagem militar concreta e direta esperada**; (grifo nosso)

2.5.4 Princípio da limitação

As partes não têm o direito ilimitado na escolha de meios e métodos de combate durante um conflito armado. Além disso, o princípio da limitação norteia todo o regramento da condução das hostilidades cujas normas são

¹⁴ CICV. Protocolos Adicionais as Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949. Genebra, Suíça. 2017.

¹⁵ O Estatuto do Tribunal Penal Internacional traz no seu artigo 8º o rol dos crimes de guerra.

particularmente destinadas aos combatentes (PALMA, 2016). Este princípio encontra-se delineado no inciso 1 do artigo 35 do Protocolo Adicional I:

Artigo 35 – Regras fundamentais

1. Em qualquer conflito armado, o direito de as Partes em conflito escolherem os métodos ou os meios de guerra **não é ilimitado**. (grifo nosso)

Logo, seu objetivo é o de limitar o uso de determinados meios de combate que possam causar danos desnecessários ou excessivos, que vão além do objetivo definido pela guerra, que é derrotar o inimigo.

O princípio da limitação abrange três âmbitos de aplicação: restringe os ataques aos objetivos militares; protege a população civil contra ataques, de modo que somente os combatentes podem ser alvos de ataques; tenta estabelecer limitações aos ataques, de maneira que não haja sofrimentos excessivos, danos inúteis ou intoleráveis (CINELLI, 2016). Nesse sentido, segue o Protocolo Adicional 1:

Artigo 51 – os civis e a população gozam de proteção geral contra os perigos resultantes de operações militares. **Nem a população civil em conjunto, nem as pessoas civis, devem ser objeto de ataque**. São proibidos atos ou ameaças de violência com o objetivo principal de espalhar o terror no meio da população civil. (grifo nosso)

2.5.5 Princípio da distinção

O princípio da distinção encontra-se insculpido no Artigo 48 do Protocolo Adicional I, como regra fundamental, a saber:

Artigo 48 – Regra fundamental – com vista a assegurar o respeito e a proteção da população civil e dos bens de caráter civil, as Partes em conflito devem sempre fazer a **distinção entre população civil e combatentes**, assim como **entre bens de caráter civil e objetivos militares**, devendo, portanto, dirigir suas operações unicamente contra objetivos militares. (grifo nosso)

O artigo acima é bastante elucidativo, uma vez que deixa claro que os ataques somente podem ser dirigidos aos combatentes e aos objetivos

militares. Desta forma, os civis e seus bens não podem ser alvejados, pois tem direito à proteção do DICA. Fazer essa distinção é uma regra fundamental para se obter legitimidade em um ataque.

Assim, para a aplicação adequada do referido princípio, é preciso saber identificar, a todo o tempo, o que é objetivo militar ou bem civil, de um lado; e combatente e população civil, de outro. No caso de dúvida sobre se a pessoa é ou não um civil, esta pessoa deve ser considerada como civil. (CICV, 2016)

Em consequência, o princípio em questão também veda os ataques indiscriminados, não dirigidos a um objetivo específico ou que usem armas que não tem capacidade de mirar o alvo e possam causar danos indiscrimináveis. (PALMA, 2016).

Nesse contexto, a quarta Convenção de Genebra e o seu Protocolo Adicional I¹⁶, juntamente com a Convenção de Haia, trazem os conceitos de combatente, civil e objetivos militares.¹⁷ Assim, é essencial um conhecimento mais aprofundado das normas de DICA para que possa haver a sua correta e adequada aplicação.

3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (DIDH)

3.1 Conceito

O Direito Internacional dos Direitos Humanos ou simplesmente Direitos Humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.¹⁸

Juridicamente, pode ser definido como “o conjunto de normas internacionais estabelecidas por tratados ou costumes, com base nas quais indivíduos e grupos podem esperar e/ou exigir determinados direitos que

¹⁶ C. Genebra. PA I, 43 (2) (combatente); C. Genebra IV, 4 e C. Genebra. PA I, 50 (civil); C. Genebra PA I, 52 (bem civil).

¹⁷ C. Genebra PA I, 43,50-52 e Haia IX, 2.

¹⁸ O que são os direitos humanos? Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>

devem ser respeitados e protegidos pelos seus Estados. O conjunto de padrões internacionais de direitos humanos também contém inúmeros princípios e diretrizes que não figuram em tratados (também conhecidas como *soft law* ou normas não vinculantes).” (CICV, 2015)

Outrossim, é o

[...] conjunto de regras jurídicas internacionais (convencionais ou consuetudinárias) que reconhecem aos indivíduos, sem discriminação, direitos e liberdades fundamentais que assegurem a dignidade da pessoa humana e que consagrem as respectivas garantias desses direitos.” (GUERRA, p. 24, 2012)

A definição de Direitos Humanos é um tanto quanto complexa, haja vista que são direitos que se expandem com o passar dos tempos, de acordo com a evolução da sociedade. Por isso, os direitos humanos não possuem um rol taxativo e nem representam um conjunto de normas fechadas (LEITE, 2012).

A doutrina menciona que os Direitos Humanos podem ser divididos em três gerações, de acordo com sua formação histórica e evolução. A primeira geração busca tutelar valores como liberdade e democracia e inclui os direitos civis e políticos (vida, liberdade, propriedade, etc). A segunda geração é formada por direitos sociais, econômicos e culturais, os quais reclamam prestações por parte do Estado. Incluem-se o direito ao trabalho, à saúde, à alimentação, à moradia, etc. A terceira geração engloba os direitos coletivos e difusos, nascidos a partir de um sentimento de solidariedade, pois visam à preservação e a qualidade de vida. Destacam-se o direito ao meio ambiente e a autodeterminação dos povos. (FERREIRA FILHO, 2002)

Os Direitos Humanos, então, seriam a soma dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e coletivos estipulados em tratados ou costumes internacionais.

3.2 Origens do DIDH

A doutrina dos Direitos Humanos tem seu berço já na Antiguidade, a partir das lições de “direito natural”, cuja concepção passou por várias teorias

filosóficas no decorrer da história da filosofia do Direito. Um dos primeiros relatos, que referencia a existência de um direito superior revelado pelos deuses, pode ser evidenciado em “Antígona” de Sófocles, cujo drama retrata um embate entre as tradições religiosas e o poder humano. (FERREIRA FILHO, p. 9, 2002)

No século XIII, São Tomás de Aquino, que de certa forma “fragmentou” e “hierarquizou” o Direito entre lei divina (só o próprio Deus conhece), lei natural (própria da natureza humana e o homem a descobre por meio da razão) e lei humana (lei positivada), revelou ser indispensável que toda a lei humana fosse derivada da lei divina. Desta forma, a conservação da vida seria um preceito da lei natural, advinda de uma lei suprema dada por Deus. (NADER, p. 166, 2011)

A laicização do direito natural ocorreu no final do Século XVI, a partir da teoria da “reta razão” de Hugo Grócio. Para ele, o direito natural existiria independente da existência de Deus ou ainda que Deus não cuidasse das coisas humanas. Nasceu, então, um jusnaturalismo racionalista que reconheceu a existência de um direito natural inerente aos indivíduos, inalienáveis e imprescritíveis, oponíveis ao Estado. (NADER, p. 173, 2011)

Logo, “os homens por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política”. Daí, o postulado da teoria iluminista de que os soberanos deveriam exercer sua autoridade com submissão do direito natural do homem. (CUNHA JÚNIOR, pp. 178-180, 2008)

Nesse contexto, os Direitos Humanos começaram a ser formalmente reconhecidos a partir do século XIII, com as primeiras Declarações escritas, iniciando-se com a Magna Carta de 1215. Após, sucederam-se a *Petition of Rigts* (1628), o *Habeas Corpus* (1679) e a Declaração de Direitos (1689). Esse processo de positivação ganhou força com a independência das colônias inglesas na América do Norte e o advento da Revolução Francesa, a partir de dois importantes instrumentos, respectivamente, a Declaração do Bom Povo da Virgínia (1776) e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Sendo assim, os Direitos Humanos firmaram-se

definitivamente e abriu-se o caminho para sua universalização. (CUNHA JÚNIOR, p. 180, 2008)

O período pós-guerra foi bastante significativo do ponto de vista da codificação dos Direitos Humanos, tendo em vista que a humanidade reclamava uma resposta aos horrores vivenciados pelos regimes totalitários, em especial o nazismo (LEITE, p. 21, 2012). Com o surgimento das Nações Unidas surgiu também instrumentos internacionais de proteção ao indivíduo, e em 1948 foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de forma que os Direitos Humanos alcançaram a universalidade, no sentido de que seus destinatários são todos os homens.

Dessa forma, conclui-se que os Direitos Humanos são consequências da própria evolução da humanidade, cujas ideias de liberdade e dignidade vêm desde a Antiguidade, a partir da concepção de direitos humanos inatos, em razão unicamente da condição humana do indivíduo.

3.3 Arcabouço jurídico do DIDH

O arcabouço jurídico de proteção aos Direitos Humanos é formado pelo Sistema Universal de Proteção e por três Sistemas Regionais: o interamericano, o europeu e o africano, cujos instrumentos normativos que mais se destacam são respectivamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. (PETERKE, 2009)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto por um conjunto de normas e princípios, os quais estabelecem padrões de proteção, de condutas ou de benefícios aos indivíduos, por parte dos Estados.

A Organização Mundial mais importante no processo de codificação dos Direitos Humanos é a ONU – Organização das Nações Unidas, estabelecida em outubro de 1945, pela Carta das Nações Unidas. Trata-se de um tratado internacional, que desencadeou o processo de positivação dos Direitos Humanos, em âmbito universal. Seu preâmbulo revela o sentimento da comunidade internacional àquela época e o desejo de compro-

metimento pelos Estados para com os direitos humanos e a preservação da vida:

Nós, os povos das nações unidas, **resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra**, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e **a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano**, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E PARA TAIS FINS, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para **manter a paz** e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS.

Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.¹⁹ (grifo nosso)

Vale ressaltar que a proteção da vida humana ganha importante relevo no âmbito das normas de Direitos Humanos. A redação do artigo 6.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) também coloca em evidência essa disposição: “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”

Ademais, o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama o direito de todos à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Tais direitos são reforçados em instrumentos regionais: na Convenção Europeia (artigos 2º e 5.1), na Convenção Americana (artigo 4.1 e 7.1) e na Carta Africana (artigos 4º e 6º).

¹⁹ Preâmbulo da Carta da ONU: <https://nacoesunidas.org/carta/>

A proteção dos Direitos Humanos implica, primeiramente, na proteção à vida humana, sendo esta um direito humano supremo, pois em não havendo sua efetividade, os demais direitos humanos não teriam sentido. Por isso, a proteção da vida humana traduz-se no esteio de todo o sistema jurídico desse ramo do Direito.

3.3.1 Sistema universal de proteção dos direitos humanos

O Sistema Universal dos Direitos Humanos é regido, no plano normativo, pela Carta Internacional de Direitos Humanos (International Bill of Human Rights) composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e seus protocolos; e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e seu protocolo facultativo. (PETERKE, 2009)

Esses dois tratados representaram pontos de vistas diferentes decorrentes da cisão ideológica do período da “Guerra Fria”, uma vez que o bloco encabeçado pelos Estados Unidos enfatizava a importância dos direitos civis e políticos, enquanto que o bloco soviético realçava a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais. (LEITE, p. 23, 2012)

Importante consignar que a Declaração Universal inaugurou a era da universalização dos Direitos Humanos e é um documento amplo e bastante aberto para que possa atender a todas às nações, respeitando-se suas peculiaridades, seus costumes e suas tradições. Nela estão contidos os direitos considerados fundamentais à sobrevivência e à dignidade da pessoa humana que consistem principalmente no direito à igualdade, sem discriminações (artigos II e VII), à vida, à liberdade e à segurança pessoal (artigo III), à liberdade de locomoção (artigo XIII), à nacionalidade (artigo XV), à propriedade (artigo XVII), ao pensamento, à consciência e à religião (artigo XVIII), à liberdade de opinião e de expressão (artigo XIX), à reunião e à associação (artigo XX). A Declaração também prevê a proibição de escravidão, servidão e tortura (artigos IV e V), inclui ainda a proibição de prisão arbitrária (artigo IX), o direito a um julgamento justo e imparcial

(artigo X), a presunção de inocência (artigo XI), os direitos políticos (artigo XXI) e os direitos sociais (artigos XXII ao XXV), que englobam: seguridade, trabalho, lazer, saúde, educação, vida cultural, alimentação, entre outros, os quais representam meios de subsistência e de vida saudável.²⁰

Vale lembrar que a DUDH foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU na forma de Resolução, e por isso, não é dotada de caráter jurídico. Contudo, é um documento internacional fundamental para as Nações Unidas, cuja força moral e legitimidade não podem ser ignoradas pelos Estados. (LEITE, pp. 64-65, 2012)

Além dos instrumentos normativos acima citados, os principais textos de proteção aos direitos humanos, no âmbito internacional, incluem: (PETERKE, 2009)

- a) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966;
- b) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979;
- c) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984;
- d) a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989;
- e) a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Migrantes Trabalhadores e dos Membros de suas Famílias, de 1999;
- f) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006;
- g) a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado, de 2006.

3.3.2 Sistemas regionais de proteção dos direitos humanos

O primeiro sistema regional para a proteção dos Direitos Humanos foi inaugurado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, seguiram-se os sistemas americano e africano. (PETERKE, 2009)

²⁰ <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

O Conselho da Europa acolheu a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor em 1953. Inicialmente, foram instituídas uma Comissão e uma Corte Europeias, as quais foram posteriormente extintas com a assinatura do Protocolo 11, em novembro de 1998, dando lugar a uma nova Corte Europeia de Direitos Humanos com caráter permanente.²¹

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é o sistema regional aplicável ao Estado brasileiro, cujos principais instrumentos normativos são a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, de 1969 e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948. (LEITE, p. 160, 2012)

No âmbito dos Estados Americanos coexistem a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos com competência de zelar pelos direitos humanos nas Américas. À Comissão cabe emitir pareceres e recomendações. A Corte Interamericana é órgão judicante e funciona como um Tribunal Internacional Supranacional.²²

O sistema regional mais recente é o Sistema Africano inaugurado em 1981 pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e posteriormente complementado, em 2004, com a criação da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos pela União Africana. A Corte foi oficialmente inaugurada em 2006.

O Sistema Africano instituiu a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, órgão técnico encarregado de receber as demandas sobre violações de direitos humanos.²³

Vale registrar que os Sistemas Regionais de proteção dos Direitos Humanos têm por escopo zelar pela efetividade da proteção desses direitos em cada continente, a partir de um aparato jurídico próprio. O acolhimento dos direitos humanos na esfera regional é posto a partir de aspectos locais baseados em uma tradição política, histórica, cultural e jurídica de uma

²¹ MELO, Brielly Santana de. Os Sistemas Regionais de Direitos Humanos. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d1f2767f75c7a38b>

²² Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>.

²³ Corte Africana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.african-court.org/pt/>

determinada população, sem implicar em anulação das normas universais. Do contrário, buscam complementar e reforçar a implementação dos direitos fundamentais da pessoa humana, em âmbito regional. (PIOVESAN, 2014)

3.4 Características dos Direitos Humanos

3.4.1 Historicidade

Os Direitos Humanos possuem caráter histórico, na medida em que nascem de forma gradativa das lutas que o homem trava por sua própria emancipação. Em consequência, são também mutáveis e sujeitos a transformações e ampliações. (CUNHA JÚNIOR, pp. 228-229, 2008)

Nesse contexto, pode-se afirmar que, por serem direitos que surgem de acordo com as demandas sociais, costumam nascer de crises ou de uma carência por parte da humanidade. Uma vez admitidos, evoluem e se ampliam, pois são dinâmicos.

3.4.2 Inalienabilidade

São indisponíveis, não se pode aliená-los por não terem conteúdo econômico-patrimonial. Ninguém pode abrir mão da própria natureza. (FERREIRA FILHO, p. 22, 2002)

Portanto, são intransferíveis e inegociáveis, uma vez que seu titular não pode deles dispor.

3.4.3 Imprescritibilidade

Os direitos humanos não se perdem com o passar do tempo, pois “se prendem à natureza imutável do ser humano”, de modo que são exigíveis a qualquer tempo. (FERREIRA FILHO, p. 22, 2002)

3.4.4 Universalidade

A partir da criação das Nações Unidas, em 1945, e a adoção de diversos instrumentos jurídicos internacionais voltados à proteção da pessoa humana, dentre os quais destaca-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Direitos Humanos deixaram de ser questão interna dos Estados e passaram a ser de interesse de toda a comunidade internacional, inclusive mediante a criação de organismos judiciais internacionais de proteção. (CUNHA JÚNIOR, p. 228, 2008)

Nessa esteira, é da essência desses direitos a sua generalidade, pois são imprescindíveis a uma existência humana digna, livre e igualitária e “destinam-se de modo indiscriminado a todos os seres humanos.” (LENZA, p. 1060, 2014)

3.4.5 Indivisibilidade e interdependência

A indivisibilidade pressupõe a sistematicidade e interdependência dos direitos humanos, pois todos possuem igual peso e valor, de modo que não existe uma hierarquia ou prevalência entre eles.

Na prática, o exercício direto de um direito pode estar relacionado ao exercício de outro direito, com base no fundamento da dignidade humana. Pode ainda ocorrer que a violação de um direito afete a fruição de outro. (LEITE, p. 27, 2012)

4 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

As consequências deixadas pelas duas Grandes Guerras chocaram fortemente a comunidade global, de modo que foram instaurados alguns tribunais internacionais *ad hoc*, com o fim de punir os delitos cometidos em decorrência de graves violações de Direitos Humanos, provenientes das ações de guerras. O mais conhecido foi o Tribunal de Nuremberg, que julgou os crimes praticados contra os judeus na Alemanha. Na década de 90, outros

tribunais foram instaurados, a exemplo do Tribunal Criminal Internacional para a Antiga Iugoslávia e o Tribunal Criminal Internacional para Ruanda. (LEITE, p. 27, 2012)

Nessa esteira, e a fim de evitar questionamentos quanto à legitimidade desses tribunais instaurados pós-crime, em julho de 1998, foi assinado o Estatuto de Roma (ER), que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI). Trata-se de uma corte internacional permanente e independente com competência para processar e julgar indivíduos acusados de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, cometidos após 2002, ano de sua vigência.²⁴

O TPI tem sede em Haia, na Holanda, e é o principal órgão jurisdicional internacional voltado ao enfrentamento de crimes contra a humanidade. Atua em cooperação com as Nações Unidas na prevenção e reparação da ocorrência de violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário, uma vez que julga também os crimes de guerra.

O Estatuto de Roma é ainda o instrumento legal que estabelece os procedimentos de apuração e punição dos delitos de competência do TPI. Assim dispõe o artigo 1º do Estatuto:

É criado, pelo presente instrumento, o Tribunal Penal Internacional. O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais, **A competência e o funcionamento do Tribunal rege-se pelo presente Estatuto.** (grifo nosso)

Os processos se iniciam mediante provocação das Partes, do Conselho de Segurança da ONU ou de ofício pelo órgão de promotoria do próprio Tribunal, que age de forma subsidiária, quando não houver reparação por parte do Estado. (LEITE, p. 41, 2012)

Vale destacar que, de acordo com o artigo 29 do ER, os crimes da competência do TPI não prescrevem. As penas de prisão chegam até trinta

²⁴ Site do Itamaraty: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>

anos, mas, a depender da gravidade do crime e das circunstâncias pessoais, pode ser admitida a prisão perpétua do condenado (artigo 77). Além das sanções penais, o TPI pode determinar a reparação às vítimas e seus familiares (artigo 75).

A consagração da responsabilidade penal internacional individual é, sem dúvidas, uma importante conquista para a humanidade. Portanto, é fundamental para o verdadeiro sucesso do procedimento criminal perante o TPI, que os Estados colaborem. Dessa forma, o próprio ER prevê, no artigo 86, que as Partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal, no inquérito e no procedimento criminal, em relação aos crimes de sua competência. E também o artigo 88 diz que os Estados devem assegurar-se de que os seus direitos internos estabeleçam procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto.

5 DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E DIREITOS HUMANOS: COMPARAÇÕES E DISTINÇÕES

O Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) possuem pontos em comum, ao passo que ambos se destinam à tutela da vida humana, da saúde e da dignidade das pessoas, embora em contextos diferentes. O primeiro reserva-se às situações de conflitos armados, enquanto o segundo aplica-se a todo o tempo, independentemente da situação de guerra ou de paz.

Quanto à origem, ambos os ramos do Direito remontam à Antiguidade, mas alçaram seus pontos altos de codificação em períodos distintos. As primeiras leis do DIH iniciaram-se no século XIX, sob a influência de Henry Dunant (1863); ao passo que, o primeiro tratado internacional de Direitos Humanos foi a Declaração Universal da ONU (1948) motivada a partir das consequências deixadas pelas Grandes Guerras. Muito embora as primeiras Declarações tenham surgido já no século XIII, a exemplo da Carta Magna de 1215, as mesmas não representaram normas de caráter universal, uma vez que foram concebidas para determinados povos.

O DICA possui um aparato jurídico próprio de Direito Internacional Público, com acordos universais que alcançam os Estados Partes que se comprometerem perante a comunidade internacional, de modo que existe uma igualdade de direitos e obrigações entre os Estados. Já os Direitos Humanos, apesar de preverem regras universais, as mesmas são efetivadas precipuamente pela legislação interna, geralmente por meio das Constituições dos Estados, cujas normas criam obrigações de prestação por parte destes para com os seus nacionais. Embora os sistemas de proteção universal e regional dos Direitos Humanos se prestem à busca da efetivação de suas normas em níveis externos aos Estados, o faz com espreque nessa relação vertical. (CICV, p. 37, 2015)

Nesse passo, faz parte da legislação de ambos os ramos dos Direitos, temas como a proibição de torturas²⁵ e a proteção às crianças.²⁶ Porém, os Direitos Humanos tratam ainda de questões jurídicas alheias ao DICA, afetas às liberdades fundamentais e aos direitos sociais, conforme pode-se observar no Artigo 1 da DUDH que trata dos propósitos e princípios das Nações Unidas:

Artigo 1. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de **caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais** para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. (grifo nosso)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, alcança aspectos que o Direito da Guerra não comporta, como direitos de liberdade de expressão, de imprensa, políticos, de greve, entre outros direitos fundamentais inseridos nos Pactos Internacionais pertencentes aos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos.

Por vezes, as normas de DICA mostram-se contraditórias às normas de Direitos Humanos, de modo que é inerente àquele Direito o uso da força

²⁵ A tortura é proibida no Artigo 3º comum às Convenções de Genebra, no Artigo 12, Primeira e Segunda Convenções, entre outros instrumentos de DIH e no Artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (DIDH).

²⁶ O Protocolo Opcional de 2000 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que trata do envolvimento de crianças nos conflitos armados e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

e o direito de atacar o inimigo. A violência não é proibida e faz parte do contexto das hostilidades. No DIDH o uso da força implica em um último recurso para a proteção da vida e seu objetivo deve ser legítimo, quando for possível evitar o cometimento de um delito ou para a manutenção da ordem e da segurança pública. (CICV, p. 37, 2015)

Substancialmente, o DIH se difere do DIDH, pois o primeiro visa regulamentar situações as quais os Direitos Humanos foram, de alguma forma, alijados, haja vista a ausência de paz e a conseqüente ameaça de sofrimento em decorrência das hostilidades. Atua na regulamentação da condução das regras de combate e no uso de determinadas armas, além de tratar da condição dos prisioneiros de guerra e do estatuto dos combatentes. (CICV, p. 39, 2015)

De outro modo, a aplicação de ambos os direitos também se diferencia, tendo em vista que o DIH seleciona uma parcela de pessoas e bens que devem ser protegidos, de modo que os civis e aqueles que estejam fora de combate tem a proteção do DICA. Do contrário, no DIDH não ocorre essa distinção, pois todos são merecedores de proteção de direitos, mesmo que seja em parcela mínima à sobrevivência e à dignidade. (CICV, p. 38, 2015)

Quanto à detenção de pessoas, ambos os ramos do Direito estabelecem normas para a condução de tratamentos de detidos e o direito a um julgamento imparcial, todavia, há diferenças marcantes. No DIH, há possibilidade de detenção não penal de indivíduos (internamento) com base na gravidade da ameaça que a sua atividade apresenta para a segurança da autoridade que a detém. (CICV, p. 40, 2015)

Enquanto o internamento é permitido durante conflitos armados e, em geral, sem revisão judicial da legalidade da detenção, no DIDH, a prisão administrativa é raríssima (normalmente reservada aos casos de disciplina militar). Fora da situação de conflitos armados, o encarceramento ocorre, geralmente, devido a uma suspeita de cometimento de um delito ou por motivo de condenação, e as razões da prisão devem passar pelo crivo da autoridade judiciária.

Tem-se que as normas de Direito Internacional Humanitário são especiais em relação às normas de Direitos Humanos, uma vez que as primeiras se destinam a regulamentar uma situação de ruptura da ordem jurídica, ocasião em que podem ser suspensos alguns direitos fundamentais.

Contudo, uma vez instaurado o conflito armado, tem-se como limite, em última instância, o princípio da humanidade, bem resumido na cláusula *Martens*. Logo, o DICA destina-se ao regramento de situações excepcionais, na qual há ausência de paz e os direitos humanos fundamentais provavelmente restam prejudicados. Daí surge a necessidade de haver um escopo de normas que, de algum modo, possa assegurar um mínimo de dignidade às pessoas afetadas pelos conflitos armados.

6 CONCLUSÃO

No presente trabalho debatemos acerca das peculiaridades que distinguem e aproximam o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Constatou-se que tanto um quanto outro têm por princípio basilar a proteção da vida humana, da saúde e da dignidade das pessoas, embora em perspectivas diferentes. Também existem diferenças quanto às origens, à natureza, ao escopo de aplicação e aos meios de implementação de suas normas.

As normas de DICA foram sedimentadas com base em experiências concretas de uma desvalorização da vida e da dignidade humana, constatadas pelas barbáries vividas nos campos de batalha. Por isso, o DICA regula os meios e métodos de guerra e busca o equilíbrio entre os objetivos militares legítimos e a finalidade humanitária de reduzir o sofrimento, especialmente entre os civis.

É o ramo do Direito que intervém em caso de ruptura da ordem jurídica, com a preservação da vida humana sempre em foco, mesmo em meio às hostilidades. Nesse contexto, destaca-se a missão do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos possui raízes filosóficas, provenientes da ideia de um “direito natural” e inerente ao ser humano, pela sua simples condição de pessoa, e assim, instaurou-se como um direito fundamental, inalienável, imprescritível e irrenunciável, entre outras características. Enquanto os Direitos Humanos aplicam-se principalmente em tempo de paz, há disposições que, em tempo de guerra, são de difícil aplicação.

Nesse passo, a Carta das Nações Unidas representou o clamor da sociedade internacional pela preservação da vida e da dignidade humana, em resposta aos massacres vivenciados pelo holocausto. A Declaração Universal dos Direitos do Homem inaugurou a era da universalização dos Direitos Humanos e estabeleceu direitos fundamentais inerentes a todos, sem distinção.

Ademais, o desenvolvimento dos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos revelou a busca da efetividade dessas normas e permite que as diferenças regionais possam determinar novos direitos ou circunstâncias especiais e ainda oferecer vantagens em relação ao padrão universal, uma vez que os Direitos Humanos não são estáticos.

A comunidade internacional também estabeleceu o Estatuto de Roma e criou o Tribunal Penal Internacional, um importante órgão jurisdicional de coibição e punição dos crimes de guerra, que implementou a responsabilidade penal internacional individual.

Embora alguns Direitos Humanos possam ser parcialmente suspensos em períodos de conflitos armados, existe um núcleo duro desses direitos que devem ser respeitados, sob pena de extinção da própria humanidade. Nesse contexto, o trabalho buscou nas regras e princípios de Direitos Humanos um limitador para o Direito Internacional Humanitário.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DAS JUSTIÇAS MILITARES. *Humanitas et Militaris*. Florianópolis: AIJM, 2010

CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Humanitário: ética e legitimidade no uso da força em conflitos armados*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Direito Internacional Humanitário: Respostas às suas perguntas*. Genebra: CICV, 2015. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/direito-internacional-humanitario-dih-respostas-suas-perguntas>. Acesso em: 20 ago. 2019.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Integração do Direito*. Genebra: CICV, 2011. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/integracao-do-direito>. Acesso em: 19 ago. 2019.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Violência e Uso da Força*. Genebra: CICV, 2016. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/violencia-e-uso-da-forca>. Acesso em: 19 ago. 2019.

Corte Africana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.african-court.org/pt/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional reformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUNANT, Henry. *Lembrança de Solferino*. Genebra: CICV, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUERRA, Sidney, MESQUITA, Gabriela Pinheiro. O Direito Internacional Humanitário: eficácia da subsunção das normas do DIH no âmbito dos conflitos armados. Rio de Janeiro: *Revista de Direito da UNIGRANRIO*, 2011

LEITE, Rafael Soares. Direitos Humanos. *Coleção Leis Especiais para Concursos*. Salvador: Juspodivm, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Brielly Santana de. *Os Sistemas Regionais de Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d1f2767f75c7a38b>. Acessado em: 21 ago. 2019.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PADOIN, Maria Medianeira. O “direito natural” e “das gentes” e o federalismo no processo de independência na América. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/39719-170121-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

PALMA, Najla Nassif. *Material didático Direito Internacional dos Conflitos Armados*. CBPEJUR, 2016.

PETERKE, Sven (Cord.). *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Colaboradores: André de Carvalho Ramos ... [et al.]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. 374 p. ISBN 9788588652286 Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROVER, Cees de. *Para servir e proteger. Direitos humanos e direito internacional humanitário para forças policiais e de segurança: manual para instrutores*. Trad. Sílvia Backes e Ernani S. Pilla. Genebra: CICV, 1998.

SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação internacional*. 2 ed. São Paulo: Manole, 2009.

SWINARSKI, Chritopher. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

