

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2022.19.13367>

A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS ELEMENTOS DA “APLICAÇÃO” E DA “EFICÁCIA” DAS NORMAS HUMANITÁRIAS À LUZ DE UMA PERSPECTIVA PRÁTICA

Sidney Cesar Silva Guerra

Autor correspondente: Universidade do Grande Rio, Escola de Ciências Sociais Aplicadas. ACC I Shopping Unigranrio Jardim Vinte e Cinco de Agosto. CEP 25071970 – Duque de Caxias/RJ, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/6208018085527826>.
<http://orcid.org/0000-0002-5309-662X>. sidneyguerra@terra.com.br

Maiara de Sousa Sampaio

Universidade do Grande Rio, Escola de Ciências Sociais Aplicadas. Duque de Caxias/RJ, Brasil.
<http://lattes.cnpq.br/7441594218270611>. <https://orcid.org/0000-0001-9648-4561>

RESUMO

A pesquisa na área do Direito almeja demonstrar que, para se alcançar um real entendimento das normas humanitárias, é indispensável conjugar os elementos jurídicos da aplicação e eficácia. Com efeito, este trabalho pretende analisar as normas de Direito Internacional Humanitário, de modo a verificar situações fáticas que estão sob a incidência desse regramento, constituindo a análise das hipóteses de aplicação das regras humanitárias, um pressuposto para a investigação da eficácia desse conjunto normativo no âmbito internacional. Como resultado, esbarra-se na perquirição acerca das possíveis sanções em caso de inobservância ao regramento jurídico, do qual a possibilidade de responsabilização penal necessita compreender o conceito jurídico do ato tipificado como crime de guerra. Dentro dessa perspectiva, esta pesquisa utilizará como método científico o dedutivo, com perspectiva racionalista como a única forma de chegar ao conhecimento, recorrendo à cadeia de raciocínio descendente da análise geral para a particular por meio do emprego de silogismo.

Palavras-chave: direito internacional humanitário; aplicação; eficácia; sanção; responsabilização penal.

THE INTERDEPENDENCE BETWEEN THE ELEMENTS OF THE “APPLICATION” AND THE “EFFECTIVENESS” OF HUMANITARIAN STANDARDS IN THE LIGHT OF A PRACTICAL PERSPECTIVE

ABSTRACT

The research in the area of Law aims to demonstrate that, in order to achieve a real understanding of humanitarian norms, it is essential to combine the legal elements of application and effectiveness. In fact, this work intends to analyse the norms of International Humanitarian Law, in order to verify factual situations that are under the incidence of this regulation, constituting the analysis of the hypotheses of application of the humanitarian rules, a presupposition for the investigation of the effectiveness of this normative set in the international scope. As a result, it comes up against the inquiry into the possible sanctions in case of non-compliance with the legal regulation, of which the possibility of criminal liability needs to understand the legal concept of the act typified as a war crime. Within this perspective, this research will use the deductive scientific method, with a rationalist perspective as the only way to reach knowledge, resorting to the descending chain of reasoning, from general to particular analysis, through the use of syllogism.

Keywords: international humanitarian law; applicability; efficiency; sanction; criminal liability.

Submetido em: 13/5/2022

Aceito em: 5/7/2022

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo demonstrar a interdependência entre os elementos jurídicos da aplicação e eficácia como condição indispensável a propiciar um real entendimento acerca do Direito Humanitário. Para esse fim, este trabalho propõe-se a apresentar uma metodologia de pesquisa bibliográfica baseada em livros, artigos, periódicos, bases de dados do *Rule of Law in Armed Conflict – RULAC, reports* do setor humanitário (*Human Rights Watch*), do CICV e da *Geneva Academy*, dentre outras fontes do setor humanitário que puderam trazer recursos suficientes para a produção de um estudo significativo, dentre as quais foram selecionadas em razão da grande relevância na produção de conteúdo relativo à matéria no âmbito internacional.

Dentro da perspectiva almejada, o exame metodológico será realizado em três fases e pautar-se-á numa investigação qualitativa e exploratória, utilizando-se de casos concretos, especialmente o Sírio, para ser possível construir um estudo sistematizado. Com efeito, na primeira fase será trabalhado o elemento jurídico da aplicação, quando serão compreendidas as situações fáticas que estarão sob a incidência das referidas normas e, para isso, é imprescindível alcançar um entendimento acerca do conceito jurídico dado ao termo conflitos armados por meio das classificações que culminaram na clássica divisão de conflito armado internacional e não internacional, bem como examinar as hipóteses que não encontrarão amparo normativo pelo Direito Internacional dos Conflitos Armados.

Ao nos debruçarmos sobre as situações que comportam aplicação do Direito Humanitário, um questionamento que se apresenta é se o referido conjunto normativo é verdadeiramente respeitado. Em razão disso, é indispensável, numa segunda fase, efetuar uma perquirição acerca da eficácia das normas de Direito Internacional Humanitário. Com vistas à elucidação do objeto de estudo, será fundamental a utilização de ferramentas extrínsecas à área do Direito, de modo que o exame irá tangenciar outras áreas de estudo e não apenas mecanismos propriamente jurídicos, por isso é crucial utilizar a história, a ciência política e às relações internacionais durante a investigação dos fenômenos sociais concretos para se alcançar uma compreensão acerca da eficácia das referidas normas, sem o qual não seria possível a realização de um estudo relevante.

Nessa toada, é impensável imaginar uma real efetividade das normas de Direito Internacional Humanitário sem a possibilidade concreta, no plano interno e internacional, de responsabilização penal aos respectivos infratores. Por esse motivo, num terceiro momento será desenvolvido o estudo sobre as possíveis sanções aplicáveis em caso de violação ao regramento jurídico. Como resultado, esbarra-se, necessariamente, na prática de condutas consideradas ilícitas, razão pela qual será fundamental identificar as condutas tipificadas como crimes de guerra.

Ao final do estudo, após serem vencidas todas as etapas metodológicas, será demonstrado, de maneira sintética, a evidente interdependência entre os elementos jurídicos da aplicação e eficácia para que seja possível alcançar um entendimento profundo acerca do regramento humanitário.

2 APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

As normas jurídicas não são procedimentos desvinculados da história. Isso significa que, para que seja possível compreender os acontecimentos sociais que dão respaldo à criação de normas jurídicas e, conseqüentemente, entender as hipóteses de incidência da norma, é necessário investigar os fenômenos sociais concretos e, posteriormente, alcançar um entendimento sobre o surgimento do fenômeno jurídico, sem o qual não será possível realizar um estudo significativo (MASCARO, 2021a, p. 12).

Nessa toada, quando se está diante de normas de Direito Internacional Humanitário, é possível constatar que o surgimento dessas referidas normas jurídicas está substancialmente relacionado a um acontecimento social específico: os conflitos armados. Por conseguinte, a aplicação desse arcabouço jurídico orbita necessariamente o conceito jurídico específico entendido como conflito armado. Nesse sentido, leciona Sassòli (2019, p. 61): “IHL is marked by four main features. First, IHL applies only during situations of armed conflict, or, in other words, violent situations resulting from a failure of the law that threaten the very survival of the individual, communities or States.”¹

Como as normas de Direito Internacional Humanitário (DIH) são fruto desse fenômeno histórico, o escopo normativo humanitário terá sua área de incidência alterada com o passar do tempo, de modo que é possível perceber que houve uma ampliação dos limites objetivos do conceito a hipóteses que, originalmente, não seriam contempladas.

Com efeito, tem-se que o Direito Internacional Humanitário foi idealizado, inicialmente, para os conflitos bélicos tradicionalmente definidos como guerra e que, a despeito das exigências legais para adequação da situação concreta ao referido conceito (GUERRA, 2021), acabavam por negligenciar diversas circunstâncias ensejadoras de proteção, como foi o caso de conflitos internos ocorridos no pós-guerra em virtude dos processos de descolonização e que, como consequência do surgimento dessa nova realidade social, tornou-se imprescindível a ampliação do rol de situações fáticas a serem contempladas pelas normas de Direito Internacional Humanitário. À vista disso, o termo guerra foi substituído, atualmente, pela expressão “conflito armado” (GUERRA, 2021).

Nessa senda, convém averiguar os casos que estarão ou não sob o âmbito de incidência das normas de Direito Internacional Humanitário, ou, melhor dizendo, do Direito Internacional dos Conflitos Armados.

1.1 Hipóteses de aplicabilidade das normas de Direito Internacional Humanitário

Nas cristalinas palavras de Christophe Swinarski (1996, p. 15): “Ao definir o direito internacional humanitário dissemos que se trata de um corpo de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, destinadas a serem aplicadas durante os conflitos armados internacionais e não-internacionais”. Aqui, ressalta-se a importância da divisão teórica advinda do termo conflito armado, tendo em vista que este não possui um significado

¹ “O DIH é marcado por quatro características principais. Em primeiro lugar, o DIH aplica-se apenas em situações de conflito armado ou, em outras palavras, situações violentas resultantes de um descumprimento da lei que ameacem a própria sobrevivência do indivíduo, comunidades ou Estados.” (SASSÒLI, 2019).

uníssonos (SASSÒLI, 2019), sendo classificado, normalmente, como internacional e não internacional.

Logicamente, essa divisão não poderia ser extraída de concepções formuladas pelos próprios Estados contratantes, uma vez que essa conjuntura poderia criar dificuldades que interferem diretamente na aplicação das normas humanitárias (SWINARSKI, 1996, p. 16), mas a clássica divisão advém do próprio texto legal por meio do segundo artigo, comum as quatro Convenções de Genebra de 1949.² Para que a expressão conflito armado seja considerada e alocada como um conflito internacional, é necessário que se amolde aos requisitos legais enunciados no mencionado artigo 2º.

Cabe esclarecer que, apesar de o artigo fazer menção à declaração de guerra para que haja aplicação das normas humanitárias ao conflito internacional, é suficiente a existência de um ato de violência, este atribuído ao Estado por meio de suas autoridades, pouco importando a declaração formal de guerra ou a intensidade dos referidos atos para que as normas de DIH se tornem aplicáveis (SASSÒLI, 2019, p. 169). Aqui, ressalta-se que os referidos atos de violência necessitam ser perpetrados entre Estados soberanos para que se configure um conflito armado internacional. Podemos citar, como exemplo de conflito armado internacional, o emblemático caso da Síria que luta contra a denominada “Coalizão Global”, liderada pelos Estados Unidos da América, Turquia e Israel³ e, num caso mais recente de conflito armado internacional, pode-se mencionar o conflito envolvendo a Índia e a China, que, atualmente, disputam o controle de duas regiões: Aksai Chin e Arunachal Pradesh, e de regiões menores ao longo da fronteira sino indiana.⁴

Existe, ainda, uma categoria de conflitos armados que normalmente está alocada à classificação de conflito internacional. Trata-se das situações de beligerância denominadas “ocupações militares”, também com previsão expressa pelo artigo 2º.⁵

Ocupações militares são definidas, segundo preceitua a Câmara de Apelações do Tribunal Criminal Internacional para a ex-Iugoslávia, como: “[...] um conflito armado sempre que há recurso à força armada entre Estados ou violência armada prolongada entre autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre esses grupos dentro de um Estado.”

Para que se configure uma ocupação militar, sendo esta caracterizada quando um território está sob a autoridade de um exército hostil, seja ele pertencente a um Estado ou a

² Artigo 2º comum às IV Convenções de Genebra (1949), *in verbis*: “Além das disposições que devem entrar em vigor desde o tempo de paz, a presente Convenção será aplicada em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que possa surgir entre duas ou mais das Altas Partes contratantes, mesmo se o estado de guerra não tiver sido reconhecido por uma delas.[...]” (tradução nossa).

³ Para aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a leitura de: RULAC – *Geneva Academy*. Conflitos – Conflito Armado Internacional na Síria. Disponível em: <https://www.rulac.org/browse/conflicts/international-armed-conflict-in-syria#collapse1accord>

⁴ Para aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a leitura de: RULAC – *Geneva Academy*. Conflitos – Conflito Armado Internacional entre Índia e China: “Classificação”. Disponível em: <https://www.rulac.org/browse/conflicts/international-armed-conflict-between-india-and-china#collapse2accord>

⁵ Artigo 2º comum às IV Convenções de Genebra (1949), *in verbis*: “A Convenção aplicar-se-á igualmente em todos os casos de ocupação total ou parcial do território de uma Alta Parte contratante, mesmo que esta ocupação não encontre qualquer resistência militar” (tradução nossa).

um grupo armado, precisa possuir a noção de controle efetivo.⁶ Este, por sua vez, materializa-se com a presença de três requisitos cumulativos expressos no artigo 42 dos Regulamentos de Haia de 1907; são eles: as forças armadas de um estado estrangeiro deve estar fisicamente presentes sem o consentimento do governo local em vigor no momento da invasão; o soberano local não pode exercer sua autoridade devido à presença de forças estrangeiras; e as forças ocupantes impõem sua própria autoridade sobre o território. Podemos exemplificar o que foi exposto por meio do conflito internacional entre Israel na Palestina, no qual Israel detém o domínio da Cisjordânia, aí incluindo Jerusalém Oriental e a Faixa de Gaza⁷, o que materializa o perfeito enquadramento à classificação proposta, assim como pode-se mencionar a ocupação militar da Síria pela Turquia, onde esta ocupa partes do norte da Síria.⁸

É oportuno realizar uma distinção entre ocupação militar e intervenção humanitária para os leitores que estão experimentando o primeiro contato com o Direito Internacional Humanitário, uma vez que a diferenciação entre os institutos é de suma importância para a compreensão acerca dos elementos da aplicação e eficácia.

O instituto da intervenção humanitária encontra guarida na Resolução nº 43/131 de 1998, fruto da Primeira Conferência Internacional de Direito e Moral Humanitária, realizada em 1987 em Paris e foi, indubitavelmente, admitida pela Organização das Nações Unidas (ONU). Corresponde a um mecanismo internacional de intervenção local que possibilita a promoção de assistência humanitária em situações de extrema gravidade que, por algum motivo, seja por uma catástrofe natural ou por um conflito armado, colocam em risco eminente a proteção e a garantia aos Direitos Humanos (GUERRA, 2021, p. 215).

O professor Sidney Guerra (2020, p. 216) cita os apontamentos feito por Lauterpacht:

Ao tratarmos da intervenção humanitária pretendemos referir-nos àquelas situações em que um ou mais Estados decidem, por sua iniciativa, intervir por via coercitiva – e, mais especificamente, pelo uso da força – no território de outro Estado, sem o consentimento deste, com vista a proteger um grupo de indivíduos que são vítimas dos comportamentos das autoridades desse Estado ou então que este Estado não tem capacidade – por colapso das suas instituições – ou interesse em proteger e cujos direitos fundamentais estão a ser violados de uma forma grave e generalizada.

Das pedagógicas palavras do autor, é possível constatar que, *a priori*, a interferência na jurisdição do Estado e a coerção são conceitos que orbitam o instituto da intervenção humanitária; elementos que, em regra, o direito internacional rejeita, mas que sofrerá mitigação em virtude de se aferir maior importância à proteção dos Direitos Humanos em

⁶ O projeto de Estado de Direito em Conflitos Armados (Rulac) da Academia de Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos de Genebra é um portal *on-line* exclusivo que identifica e classifica situações de conflito armado, fornece informações sobre as partes desses conflitos e o direito internacional aplicável. Para melhor compreensão acerca do tema, ver site. Disponível em: <https://www.rulac.org/classification/military-occupations#collapse1accord>

⁷ Para aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a leitura de: RULAC – *Geneva Academy*. Conflitos – Ocupação Militar da Palestina por Israel: “Classificação”. Disponível em: <https://www.rulac.org/browse/conflicts/military-occupation-of-palestine-by-israel#collapse2accord>

⁸ Para aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a leitura de: RULAC – *Geneva Academy*. Conflitos – Ocupação Militar da Síria pela Turquia: “Classificação”. Disponível em: <https://www.rulac.org/browse/conflicts/military-occupation-of-syria#collapse2accord>

detrimento à clássica autonomia que os Estados detêm em suas relações internacionais (GUERRA, 2021).

Desse modo, podemos verificar que, apesar do instituto da intervenção humanitária obter o recurso à força armada para fazer valer os imperativos humanitários em prejuízo da soberania estatal plena, esse em nada se assemelha às ocupações militares, uma vez que nessas existe a presença de um exército hostil que aspira, por meio de seu poderio bélico, o controle efetivo de um determinado território, sendo imprescindível a observância aos três requisitos cumulativos estampados no artigo 42 dos Regulamentos de Haia de 1907, que já foram oportunamente trabalhados na presente obra, à medida que naquelas, a despeito da ausência de consentimento estatal, inexistia a presença das forças armadas de um Estado estrangeiro e sim, a assistência de uma força policial pertencente à ONU com auxílio à força armada, objetivando garantir a efetividade dos Direitos Humanos e que, não obstante ao recurso empregado, o governo soberano local ainda conserva sua autoridade nos demais assuntos e interesses relacionados às ações tipicamente governamentais.

A par das críticas internacionais ao instituto em análise⁹, o surgimento da intervenção humanitária foi pautado em três grandes fundamentos, a saber: a real dificuldade de introdução, na prática, das normas oriundas do DIH; a convicção amplamente aceita pela sociedade internacional de que o instituto relaciona-se fundamentalmente às situações de emergência extrema em decorrência de conflitos armados; e pela necessidade de garantir juridicamente o alcance às pessoas que estão a mercê de situações que as colocam em constantes agressões e desrespeito aos direitos humanos básicos (GUERRA, 2021). Dessa forma, o instituto da intervenção humanitária comprova ser este um instrumento capaz de funcionar como meio garantidor, na prática, atribuindo além de uma eficácia social, uma eficácia técnico-normativa às normas humanitárias, como será visto mais adiante em tópico específico.

Por fim, a última situação de beligerância ensejadora de aplicabilidade das normas humanitárias é o conflito armado classificado como não internacional, que encontra previsão expressa no artigo 3º das quatro Convenções de Genebra (1949)¹⁰, e a mais recente definição encontra amparo jurídico no artigo 1º do Protocolo Adicional II que assim dispõe:

É um conflito que é realizado no território de uma Alta Parte contratante entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a direção de um comando responsável, exerçam sobre uma parte desse território um controle tal que lhes permita realizar operações militares contínuas e acordadas e aplicar o presente Protocolo.

Pela leitura do dispositivo legal supramencionado, é possível inferir que repousa na lei os elementos constitutivos e essenciais que, se verificados no caso concreto, serão capazes

⁹ Para aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a leitura de: GUERRA, Sidney. Curso de direito internacional público. “Controvérsias Internacionais: o Direito Internacional Humanitário – a intervenção humanitária”. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 217.

¹⁰ Artigo 3º comum às IV Convenções de Genebra (1949): “No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada, pelo menos, a aplicar as seguintes disposições: [...] (tradução nossa).

de consubstanciar o fato à norma e, assim, se estará diante de um conflito armado não internacional.

Os requisitos legais cumulativos exigidos podem ser sinteticamente reduzidos à: exigência de que o conflito armado ocorra no território de um Estado soberano; as Forças Armadas deste Estado combatem as forças armadas organizadas ou grupos armados organizados que resistem em reconhecer sua autoridade; estas forças ou grupos precisam estar sob o comando de uma autoridade responsável e elas devem exercer domínio sobre uma parte do território do Estado que lhes permitam realizar operações militares contínuas e acordadas, bem como aplicarem as disposições de direito humanitário do Protocolo II (SWINARSKI, 1996, p. 25).

Para melhor entendimento do que foi explicado, peguemos o exemplo da Turquia, que está envolvida em um conflito não internacional com grupos militantes curdos no território da Síria (SULCE, 2019, p. 3), bem como pode-se mencionar o caso colombiano, em que o país está envolvido em conflitos armados não internacionais paralelos: um contra o Exército de Libertação Nacional (ELN) e outro contra o grupo dissidente das FARC-EP (Bloco Oriental).¹¹

Aqui, cabe esclarecer que, para que se configure o referido conflito armado, é necessário que exista duas partes claramente identificadas que se enfrentam – o grupo armado organizado e as Forças Armadas de um Estado –, não sendo necessário que estas Forças Armadas pertençam ao Estado no qual estejam ocorrendo os atos de beligerância. Para, entretanto, que caracterize essa situação, a força de oposição ao Estado deve ser manifestamente organizada, possuindo uma liderança militar ou política que assuma a responsabilidade decorrente do confronto e que a força armada de oposição ao governo exerça domínio sobre uma parte do território como forma de viabilizar operações militares contínuas e a possibilidade de aplicarem as disposições do Direito Humanitário concernente ao Protocolo Adicional II (SWINARSKI, 1996, p. 25-26).

Aqui cabe um esclarecimento necessário para melhor entendimento dos conceitos trabalhados. Para isso, utilizemos a Síria como exemplo, que possui uma multiplicidade de conflitos armados dos mais diversos enquadramentos.

Para que os atos de beligerância sejam enquadrados à classificação de conflito armado internacional, na modalidade de ocupação militar, basta apenas que exista a presença de um exército hostil no território de um Estado soberano sem o consentimento deste, seja este exército pertencente a um Estado ou a um grupo armado, não necessitando que as Forças Armadas do Estado ocupado entrem em confronto militarmente com o exército hostil ocupante, além, evidentemente, da clara indispensabilidade de preenchimento dos demais requisitos já trabalhados.

Do mesmo modo, caso as Forças Armadas do Estado ocupado decidam entrar em confronto com o exército hostil ocupante, se este for pertencente às Forças Armadas de um Estado soberano, automaticamente surgirá, concomitantemente, um conflito armado internacional subjacente a uma ocupação militar. É o caso da ocupação militar perpetrada

¹¹ Para aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a leitura de: RULAC – *Geneva Academy*. Conflitos – Conflitos Armados Não Internacionais na Colômbia: “Classificação”. Disponível em: <https://www.rulac.org/browse/conflicts/non-international-armed-conflicts-in-colombia#collapse3accord>

pela Turquia na Síria que, por não ter sua presença autorizada pelo governo, provocou o surgimento de um conflito armado internacional (SULCE, 2019, p. 3).

Caso, todavia, o exército hostil tratar-se de um grupo armado, estar-se-ia, então, diante de um conflito armado não internacional paralelamente à ocupação militar já ocorrida. É o caso da ocupação militar perpetrada pelo EFS, sigla em inglês atribuída ao Exército Sírio Militar, composta por desertores militares sírios que, em 2011, organizaram a primeira oposição ao governo sírio e, por não possuírem autorização do governo, acabou gerando o surgimento de um conflito armado não internacional (SULCE, 2019, p. 4).

Como efeito, percebemos que os conceitos de ocupação militar e conflito armado internacional e não internacional podem, naturalmente, coexistir num mesmo episódio, o que demonstra, claramente, a natureza não estanque das referidas classificações.

Além dos requisitos anteriormente citados, para se estar diante de um conflito armado não internacional, Marco Sassòli (2019, p. 182-183) menciona, ainda, um elemento intrínseco: a existência de um objetivo político, o qual consiste na intenção do grupo armado em tomar o poder político. O autor explica, entretanto, a dificuldade na adoção do referido elemento, uma vez que poderiam haver intermináveis discussões acerca do entendimento dado ao termo político, demonstrando a acertada rejeição do mesmo como componente capaz de orientar o enquadramento jurídico dado a um conflito armado como não internacional.

Malgrado a rejeição do elemento político, não se pode olvidar sua relevância na distinção entre situações classificadas como distúrbios internos e as entendidas como conflito não internacional, como no caso da realidade que se apresenta em países latino-americanos em que existe organização criminosa para o tráfico de drogas.

Ainda nas pedagógicas lições de Marco Sassòli (2019, p. 180), não se pode utilizar a expressão “distúrbios internos” como sinônima de conflitos armados:

Hoje, é inapropriado se referir aos NIACs como conflitos armados internos porque tais conflitos podem envolver muitos Estados e seus respectivos territórios. Se o conflito ocorre no território de um ou mais Estados não é relevante. Os atores envolvidos é o que diferencia os NIACs dos IACs, ou seja, um IAC existe se pelo menos um Estado estiver envolvido em ambos os lados de um conflito (tradução nossa).

É apropriado mencionar que a referida classificação não ganha aspecto vinculativo, no âmbito internacional, dada a ausência de um sistema centralizado, o que significa que não existe uma autoridade superior no plano internacional, na medida em que os Estados e os Sujeitos Internacionais se organizam sob o eixo horizontal e somente se vinculam às regras que voluntariamente aderiram (PRETI; LÉPORE, 2021, p. 1), o que traz uma certa precariedade tanto na aplicação quanto na eficácia das normas humanitárias, posto que elas estão sob a influência de elementos políticos ou de interesses econômicos que circundam, naturalmente, as relações travadas no plano internacional.

Ao lado dessas situações expressas na lei é possível, ainda, encontrar casos que, a despeito da falta de amparo legal expresso das Convenções de Genebra, serão considerados situações em que o Direito Internacional Humanitário se fará aplicável. São os cenários de aplicabilidade das normas humanitárias devido à prática reiterada de atos, a ponto de tornarem-se aceitos como normas apesar de questões costumeiras (GUERRA, 2021).

Não se pode olvidar que o Direito Internacional Humanitário é uma disciplina que faz parte do Direito Internacional Público, apesar de ser conferido ao Direito Internacional Humanitário certa autonomia em relação ao Direito Internacional Público em razão de sua abordagem axiológica estar voltada, essencialmente, à proteção da dignidade da pessoa humana em tempos de conflitos armados (GUERRA, 2021, p. 214).

Em razão disso, pode-se inferir que as fontes do Direito Internacional Humanitário são as mesmas aplicáveis no âmbito do Direito Internacional Público; por conseguinte, estão explicitadas no rol do artigo 38 da Corte Internacional de Justiça e são: os tratados, o costume internacional, os princípios gerais de direito, as decisões e a doutrina de juristas renomados.¹²

É o que também se extrai da leitura de diversos excertos oriundos do Direito Internacional Humanitário denominados de *cláusula martens*, que elevam os princípios gerais e os costumes do Direito Internacional Público como fonte para o Direito Humanitário na medida em que estabelecem textualmente que nos casos de lacuna deverão ser aplicadas as referidas fontes suplementares com vistas a regular a situação em concreto.

1.2 Hipóteses de inaplicabilidade das normas de Direito Internacional Humanitário

As hipóteses de inaplicabilidade das normas de Direito Internacional Humanitário são obtidas por exclusão: é todo e qualquer ato de beligerância que não se amolda aos preceitos legais exigidos para a caracterização do conflito armado, seja ele internacional ou não internacional.

É a diretriz que se extrai da regra prevista no artigo 1º, §2º do Protocolo Adicional II de 1979, *ipsis litteris*: “O presente Protocolo não se aplica às situações de tensão e de perturbação internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos, e outros atos análogos, que não são considerados como conflitos armados.”

Malgrado a distinção entre tensão e distúrbio interno não ser aceita amplamente pela doutrina, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) concebe a referida diferenciação com o fundamento na necessidade de auferir maior proteção às vítimas desse fato social, atribuindo uma distinção aos conceitos, muito mais em caráter quantitativo do que qualitativo, uma vez que, para que um cenário se amolde a uma das referidas situações, será determinante precisar o número de vítimas oriundas daquele confronto (SWINARSKI, 1996, p. 33).

Tem-se por distúrbios interiores logicamente aqueles que não se adéquam à classificação de conflitos não internacionais, que, pela gravidade ou duração, ensejam atos de violência. Esses podem se materializar de diversas maneiras, quer sob a forma de uma rebelião, quer pela existência de conflitos entre grupos relativamente organizados, ou, até mesmo, por

¹² CIJ/45 – Artigo 38 – A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem (tradução nossa).

serem dirigidos à autoridade que detém o poder político que recorre ao monopólio de sua força policial para restabelecer a ordem (SWINARSKI, 1996, p. 34).

Essa conjuntura pode provocar vítimas que, em razão da violência empregada, necessitarão de um amparo mínimo de regras humanitárias, senão delas, pelos princípios do Direito Internacional Humanitário. Esse é o entendimento que vem permitindo a atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) para além dos limites formais objetivos exigidos pelas normas humanitárias (SWINARSKI, 1996, p. 33).

Diversamente das situações assim classificadas, entretanto, as tensões internas se encontram num grau abaixo, pois atingem sequer o limiar necessário para serem consideradas confronto armado, uma vez que inexistem atos de violência, sendo entendidas como tal toda circunstância de grave tensão que seja em decorrência de questões políticas, religiosas, raciais, etc., ou decorrentes das sequelas vivenciadas após a ocorrência de um conflito armado, em razão das perturbações ocorridas no plano doméstico que afetaram um dado território do Estado.

Essas situações materializam-se quando presente algumas das seguintes características, não constituindo esses requisitos um caráter cumulativo, basta a presença de um deles para estarmos diante de uma situação entendida como tensão interna: aprisionamento em massa; elevado número de detidos políticos, possíveis maus tratos ou desrespeito às condições humanas de detenção; suspensão de garantias judiciais fundamentais, a exemplo de um estado de exceção ou ainda quando existe a alegação de desaparecimento (SWINARSKI, 1996, p. 34).

É interessante trazer à baila as ponderações feitas por Christophe Swinarski (1996) no sentido de que essas situações de distúrbios internos e tensões internas não poderiam levar ao inadequado entendimento de que as normas de Direitos Internacional Humanitário perderiam seu significado.

O autor aponta a capacidade que o escopo humanitário tem de adaptação ao longo do tempo, na medida em que esse conjunto normativo axiológico é substancialmente voltado à proteção das vítimas decorrentes dos atos de beligerância, que, por possuir essa latente necessidade de salvaguardar as vítimas, faria, dessa forma, ensejar, senão à aplicação das regras, pelo menos dos princípios de direito internacional humanitário (SWINARSKI, 1996, p. 34-34).

Isso significa que, a despeito de estarem fora do âmbito de incidência formal das normas do Direito Internacional Humanitário, não denotaria hipótese de ausência normativa, posto que, ainda assim, poderiam restar configuradas certas situações que, se caracterizadas, podem levar à aplicação das referidas normas, mesmo que inexistam acordos internacionais entre as partes em conflito (SWINARSKI, 1996), a exemplo da utilização da fonte material do DIH, conhecida como *cláusula martens*, como instrumento jurídico capaz de ensejar a aplicação dos costumes e dos princípios do Direito Humanitário.

Apesar dos apontamentos fundamentalmente altruístas do referido doutrinador, hodiernamente as situações de distúrbio ou tensões internas encontram-se formalmente fora do âmbito de aplicação formal das normas de Direito Internacional Humanitário.

2 EFICÁCIA DO CONJUNTO NORMATIVO DE DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Ao analisar-se o conjunto normativo de Direito Internacional Humanitário, o questionamento que se apresenta aos operadores do Direito é se as referidas normas são verdadeiramente respeitadas e eficazes. Assim sendo, é indispensável realizar um exame acerca dessa qualidade da norma jurídica de modo a encontrar possíveis explicações e respostas para a dúvida que afeta o âmago dos estudiosos do Direito Internacional dos Conflitos Armados, sem, contudo, esgotar o tema.

A concepção sobre o que vem a ser eficácia remonta, inicialmente, à ideia de aceitação social da norma, ou seja, à sua capacidade de produzir efeitos. No próprio conceito acerca dessa qualidade específica da norma jurídica, reside o fato de que ele não resulta de atributos auferidos da norma enquanto norma. Em outras palavras, o referido entendimento sobre o que é a eficácia está relacionado à sua capacidade de produzir efeitos no mundo concreto, real. É, portanto, um conceito que advém da verificação empírica da norma à realidade social, diferentemente de outras qualidades oriundas da norma jurídica, como é o caso da validade, vigência e vigor (MASCARO, 2021a, p. 133-136). Em razão disso, a presente investigação socorrer-se-á de alguns elementos extrínsecos à ciência do Direito, de modo a utilizar a história, a ciência política e as relações internacionais como ferramentas de compreensão e elucidação do objeto de estudo.

A eficácia ou ineficácia das normas jurídicas de Direito Internacional Humanitário pode ser analisada sob dois enfoques. Os referidos efeitos podem advir de uma explicação atinente à perspectiva social, concreta ou sob o prisma técnico-normativo (MASCARO, 2021a, p. 135).

2.1 Eficácia do conjunto normativo humanitário sob a perspectiva social

Primeiramente, é preciso mencionar que as normas humanitárias, para serem consideradas socialmente eficazes, necessitam trazer em seu bojo um conteúdo em que seja possível sua aplicação prática e que viabilize seu cumprimento concreto na realidade.

Alysson Leandro Mascaro (2021a, p. 136) cita os apontamentos feito por Hans Kelsen: “Hans Kelsen, que para a qualificação das normas jurídicas se vale apenas de instrumentos técnicos, como o atributo de validade, chega a dizer que *toda norma, para que seja considerada válida, deve ter o mínimo de eficácia.*”

Das pedagógicas palavras do autor, é possível constatar que as normas jurídicas, para que sejam realmente eficazes, necessitam ter um mínimo de viabilidade factual. É esse também o entendimento de Marco Sassòli (2019, p. 128):

Para aumentar o respeito pelo DIH, é importante superar essa lacuna de credibilidade, incluindo, em particular, *garantir que a lei não prometa o que não pode ser cumprido na realidade.* Para este fim, e embora talvez não encontre os nobres ideais de alguns, portanto, *é importante que as regras substantivas do DIH sejam realistas* (tradução nossa).

Com efeito, quando nos reportamos à eficácia sob a perspectiva social, consequentemente esbarra-se, inevitavelmente, na existência ou inexistência de condições sociais concretas que determinam a eficácia normativa. Em outras palavras, existe alguma circunstância fática, haurida socialmente, que impossibilita a eficácia da norma.

No campo do Direito Humanitário, as condições de ineficácia da norma jurídica no plano internacional podem ser atribuídas às diversas razões que não são estritamente jurídicas, e,

normalmente, estão relacionadas à ausência de meios-técnicos, falta de ação política ou, ainda, inobservância total da norma jurídica (SASSÒLI, 2019).

No primeiro caso, a impossibilidade, em um caso hipotético, de não existir, na referida conjuntura fática, nenhuma viabilidade factual de assegurar a aplicação das referidas normas, em razão da carência absoluta dos meios que possibilitem execução, a título de exemplo podemos mencionar a previsão legal de proibição a violência no transcorrer das hostilidades como um recurso à obtenção de interesses militares (SASSÒLI, 2019).

Essa previsão legal não encontra suporte, mesmo que mínimo, para sua realização, porque, apesar de ser possível não se recorrer à violência, na prática o que resultaria em uma ausência da presença do elemento absolutamente capaz que possibilitaria, então, a criação factual das normas, ela, ainda sim, se faz presente, pois é obtida por meio de um produto histórico, uma vez que os seres humanos sempre recorrem à violência para dirimir eventuais conflitos sociais. A carência absoluta dos meios que impossibilitam a eficácia das normas humanitárias, portanto, pode ser explicada pelo simples fato de que a guerra sempre permeou a história da humanidade¹³. Nessa perspectiva, Marco Sassòli (2019, p. 129) assevera:

Em oposição às leis da física, uma característica distintiva das regras sociais é que tais regras podem ser e são realmente violadas. Existem várias razões pelas quais o DIH é violado. Primeiro, as violações do DIH, que é um dos muitos subconjuntos de regras sociais, principalmente consistem em atos violentos cometidos em conflitos armados ou, em outras palavras, situações de qualquer maneira marcadas por violência, a maioria das quais não é proibida pelo DIH. Como, de acordo com a conhecida máxima, a violência gera violência, tanto a violência legal quanto a ilegal, inerente ao conflito armado, pode criar um contagioso, círculo vicioso de violência que não só perpetua mais violência, inclusive por aqueles que não recorreram à violência, mas também estabelece um terreno fértil para potenciais violações do DIH. Este livro, no entanto, não é o local para explicar os motivos da violência. É simplesmente suficiente observar que a violência parece ser um aspecto inerente à condição humana e que resulta da interação de vários objetivos (por exemplo, histórico, cultural, fatores educacionais e econômicos) e subjetivos. A violência, no entanto, nunca é uma inevitabilidade, mesmo quando todos os fatores que levam à violência existem (tradução nossa).

Ademais, a referida ineficácia pode se dar por falta de ação política quando, apesar de um determinado Estado aderir às regras estabelecidas no âmbito do Direito Internacional Humanitário, ele não institui as orientações humanitárias. A título de exemplo, pode-se mencionar a ausência de ação estatal em preparar as Forças Armadas, assim como seus nacionais, a respeitarem as normas oriundas do Direito Internacional Humanitário, bem como quando não pune os infratores que praticaram violações contra as Convenções de Genebra e os seus Protocolos Adicionais. Essa hipótese pode ser justificada em razão da responsabili-

¹³ Nesse sentido, recomenda-se a leitura de: MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 136: “As possíveis qualificações da eficácia de uma norma jurídica, assim, não são apenas qualificações formais. São relações concretas das normas com as instituições, com atitudes sociais e com o potencial de respeito e submissão concreta para com elas. A eficácia é um qualificativo mais sociológico que normativo da norma jurídica.”

zação penal pela violação ser atribuída à potência ocupante, o que acaba por gerar uma justiça discricionária, resultando em uma dificuldade de se auferir a eficácia concreta da norma¹⁴.

A ineficácia social da norma pode ser atribuída, também, em virtude da inobservância total da norma jurídica, e quando há o desrespeito às regras em razão de questões culturais e ideológicas, que excluem a proteção a determinadas pessoas em decorrência de nacionalidade, raça, grupo étnico, cultural ou econômico (SASSÒLI, 2019, p. 130), a exemplo de Israel, que negou sempre a aplicabilidade de Genebra IV aos territórios ocupados da Cisjordânia e da Faixa de Gaza sob o argumento de que os territórios ocupados jamais foram reconhecidamente sujeitos à soberania da Jordânia.¹⁵ Ou ainda, devido à existência de um valor moral como fundamento de grupo, e que, por isso, há uma valorização extrema a um ideal em detrimento ao respeito das disposições normativas humanitárias (SASSÒLI, 2019, p. 132), a exemplo do extermínio do povo judeu por parte do Estado alemão durante a Segunda Guerra Mundial.

É importante ressaltar que as perspectivas sociais de ineficácia normativa do direito humanitário não foram abordadas de maneira exaustiva, existindo inúmeros exemplos pelos quais é possível constatar razões que tocam, especificamente, outros campos de estudo e não mecanismos legais propriamente ditos, o que explicaria a ineficácia da norma humanitária (SASSÒLI, 2019).

2.2 Eficácia do conjunto normativo humanitário sob o prisma técnico-normativo

Do mesmo modo, a eficácia ou ineficácia na norma pode estar relacionada a questões técnico-normativas, como percebe-se quando da existência ou inexistência de outros requisitos jurídicos, a exemplo da falta de internacionalização do acordo no âmbito doméstico, provocando a falta de eficácia técnica. Isso significa que a norma não está sendo efetivamente aplicada porque depende de outras para lhe dar sustentação (MASCARO, 2021a, p. 135), como seria em caso de inobservância pelos Estados ao não promulgarem leis penais aplicáveis aos infratores, independentemente da nacionalidade ou de onde o crime de guerra foi cometido, em descumprimento do que prevê a IV Convenção de Genebra.¹⁶

A bem-dizer, o conceito de eficácia não reside apenas no cumprimento constante por parte da sociedade de um determinado Estado-Parte. Em razão disso, a eficácia da norma não pode ser auferida apenas pela efetiva concreção social, ou seja, apenas por sua observância pelo meio social, mas necessita ser auferida, também, pelo seu potencial de concreção; a isso dá-se o nome de efetividade. À vista disso, temos que efetividade pode ser considerada em seu sentido técnico, o que equivale afirmar que existem instrumentos normativos e jurídicos que lhe dão viabilidade ou pode ser considerada sob o aspecto da possibilidade de concreção social, reconhecida como eficácia social (MASCARO, 2021a, p. 135).

¹⁴ Para maior compreensão, ler na íntegra a matéria publicada pelo site *Lawteacher Free Law Study Resources* em 17 de julho de 2019, intitulada “*Effectiveness of International Humanitarian Law*”. Disponível em: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/international-law/effectiveness-of-international-humanitarian-law.php?vref=1>

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ IV Convenção de Genebra (1949) – Artigo 146 – As Altas Partes contratantes obrigam-se a decretar a legislação necessária para fixar sanções penais adequadas a aplicar às pessoas que tenham cometido ou ordenado alguma das graves violações da presente Convenção definidas no artigo seguinte [...] (tradução nossa).

Malgrado os inegáveis obstáculos de empreender eficácia às normas humanitárias, é inegável que elas possuem eficácia técnica e possibilidade de concreção social, uma vez que existem instrumentos normativos e jurídicos para sua aplicação, bem como se revela plenamente factível a obediência de seu regramento.

As Convenções de Genebra, primeiramente, além de constituir um conjunto com conteúdo enunciativo de direitos, possuem, também, em seu bojo, mecanismos constritivos para a instituição dos direitos nela estabelecidos, ou seja, há a possibilidade de aplicação de sanções penais às pessoas que cometeram qualquer das infrações graves à referida Convenção, por exemplo, homicídio internacional, tortura, tratamento desumano¹⁷. O escopo normativo de Genebra é um típico exemplo de *hard law* (PORTELA, 2018), ou até mesmo a possibilidade de utilização do instituto jurídico da intervenção humanitária na prática, a fim de garantir ao caso concreto a observância e o respeito ao conjunto axiológico das normas humanitárias.

Essa Convenção, mostra-se plenamente factível no âmbito internacional. Essa concepção materializa-se quando é verificado que, frequentemente, os Estados procuram se eximir de possíveis sanções a serem impostas pelas instituições em âmbito global devido ao descumprimento de normas humanitárias (PORTELA, 2018). Vale trazer à baila o emblemático caso do “Acordo 98” perpetrado pela Potência norte-Americana que firmou acordo com vários Estados com a finalidade de que os seus nacionais não fossem submetidos a julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, em clara violação ao disposto no artigo 8º da IV Convenção de Genebra.

Apesar de os Estados utilizarem subterfúgios ao cumprimento dos acordos celebrados no âmbito internacional, esse fato revela, por si só, o potencial de aplicação concreta da norma, na medida em que é plenamente possível a observância do Direito Internacional Humanitário por meio dos julgamentos realizados pelo Tribunal Penal Internacional no caso de responsabilização penal dos indivíduos,¹⁸ bem como a submissão dos Estados infratores à Corte Internacional de Justiça.¹⁹

Não se pode olvidar que, apesar de ser conferido ao Direito Internacional Humanitário certa autonomia em relação ao Direito Internacional Público em razão da abordagem axiológica estar voltada à dignidade da pessoa humana, o Direito Internacional dos Conflitos Armados é uma disciplina que faz parte do Direito Internacional Público (GUERRA, 2021, p. 214). Este, por sua vez, é marcado, essencialmente, por uma descentralização de poder, o que implica afirmar

¹⁷ Nesse sentido, verificar a II Convenção de Genebra (1949) – Capítulo IX – Da Repressão dos Abusos e Infrações: do 49 artigo ao 54 artigo.

¹⁸ Estatuto de Roma (1998) – Capítulo I – Criação do Tribunal Artigo 1º – O Tribunal: É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (“o Tribunal”). 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 reger-se-ão pelo presente Estatuto (tradução nossa).

¹⁹ Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945) – Capítulo II: competência da Corte – Artigo 34 – §1º Apenas os Estados poderão ser partes em casos diante da Corte. §2º Sujeita a seu próprio Regulamento e de conformidade do mesmo, a Corte poderá solicitar de organizações internacionais públicas, informação relativa a casos que se litigam ante a Corte, e receberá a informação que tais organizações enviem a iniciativa própria. § 3º Quando em um caso que se litigam diante da Corte se discuta a interpretação do instrumento constitutivo de uma organização internacional pública, ou de uma convenção internacional organizada em virtude do mesmo, o secretário comunicará à respectiva organização pública e lhe enviará cópias de todo o expediente (tradução nossa).

que, no plano internacional, inexistem uma autoridade superior permanente em relação aos Estados e sujeitos internacionais, sendo marcado pela coordenação (PRETI; LÉPORE, 2021, p. 1).

Como fruto dessa peculiaridade, está intrínseco a real dificuldade de dar concretude às normas internacionais, na medida em que os Estados se organizam no plano internacional de maneira horizontal, estando vinculados apenas às regras que consentiram voluntariamente em obedecer (PRETI; LÉPORE, 2021, p. 1).

3 SANÇÕES: POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS INFRATORES

É inimaginável pensar em uma real efetividade das normas de Direito Internacional Humanitário sem a possibilidade concreta de responsabilização penal aos respectivos infratores.

Quando nos reportamos à prática de condutas ilícitas, esses atos estão intrinsecamente relacionados às ações violadoras ao Direito Internacional Humanitário que podem ser substancialmente tipificadas como crimes de guerra, definidos pelo internacionalista Malcolm Shaw (2008, p. 433) como “essencialmente violações graves das normas do direito costumeiro e convencional relacionadas ao Direito Internacional Humanitário, também conhecidas como as normas que regulam os conflitos armados” (tradução nossa).

É fundamental esclarecer, entretanto, que nem todas as violações ao Direito Internacional Humanitário configuram-se como crimes de guerra, mas é possível afirmar que todo crime de guerra constitui uma violação inequívoca ao regramento do Direito Internacional Humanitário.²⁰

Antes de adentrarmos ao estudo das principais condutas que se consubstanciam em crime de guerra, convém analisar os meios pelos quais foi possível o surgimento e, consequentemente, a tipificação dessas condutas consideradas ilícitas pelo regulamento humanitário. Diante dessa investigação, necessariamente esbarra-se na perquirição acerca das fontes do direito. O vocábulo “fonte” provém do latim *fons*, que significa origem, causa, nascente.²¹ Levando-se em consideração o objetivo almejado pelo presente trabalho, não cabe aqui trazer à baila as discussões que permeiam o Direito sobre a correta significação do termo e suas diversas acepções,²² bem como não consiste como propósito de nossa investigação examinar as diversas classificações das fontes jurídicas,²³ mas tão somente compreender o conceito do termo, para melhor entendimento das fontes pelas quais os crimes de guerra encontram guarida. Assim sendo, em um sentido técnico-jurídico, “são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência, ou capacidade de produzir normas jurídicas” (BOBBIO, 1995, p. 161).

²⁰ Vide Capítulo 15: War Crimes. In: SAUL, Ben; AKANDE, Dapo. *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*. Great Clarendon Street, Oxford, OX2 6DP, United Kingdom: Oxford University Press, 2020.

²¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da Língua Portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 357. Fonte. Nascente de água; manancial, olho d’água; Chafariz; Origem, causa; Documento (ou pessoa) de que (m) se obtém informação [...]

²² Para aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a leitura de: CAMILLO, Carlos (2019). *Manual da Teoria Geral do Direito*. “§5 Teoria Geral das Fontes”. São Paulo: Almedina, 2019. p. 94-95.

²³ *Idem*, p. 96-101.

Nesse sentido, apesar de os crimes de guerra constituírem violação ao Direito Internacional Humanitário e encontrarem nesse regramento sua principal fonte, ela não se apresenta como fonte exclusiva para os crimes de guerra, posto que essas condutas violadoras também utilizam como fonte o regramento do Direito Internacional Público.²⁴ Por esse motivo, pode-se inferir que as violações ao disposto no rol do artigo 38 da Corte Internacional de Justiça, quais sejam: violações aos tratados, ao costume internacional, aos princípios gerais de direito, às decisões e a doutrina de juristas renomados, estas duas últimas usadas como meio auxiliar para a determinação das regras de direito²⁵, podem consubstanciar-se em crimes de guerra. Esse entendimento pode ser vislumbrado pela própria leitura do artigo 8º, *alínea b* do Estatuto de Roma, que traz um rol de condutas assim consideradas como crimes de guerra.

Dessa forma, o principal documento, no qual é possível encontrar uma lista considerada como crimes de guerra, é o Estatuto de Roma que, além de atribuir a competência do Tribunal Penal Internacional, estabelece em seu artigo 8.º condutas consideradas como crime de guerra.

É certo que os crimes de guerra compreendem um longo e extenso rol de condutas específicas. O que importa, dado o objetivo do presente estudo, é a compreensão acerca de seu significado de modo a realizar uma análise qualitativa e não uma análise específica de todas (FREELAND, 2005). Podemos dividir os crimes de guerra em três grandes grupos: violações graves às Convenções de Genebra; outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no campo do direito internacional; e as violações graves cometidas no contexto de um conflito armado não internacional.

Os atos enumerados pelo artigo 8º do Estatuto de Roma, na grande maioria, já foram mencionados pelas Convenções de Genebra²⁶. O referido Estatuto, entretanto, não contempla todas as condutas enumeradas e consideradas proibidas no plano do Direito Internacional Humanitário, mas isso não impede que essas condutas sejam objeto de responsabilização criminal por parte dos Estados signatários em seu âmbito doméstico.²⁷

No campo da responsabilização penal, quando nos reportamos à prática de crimes de guerra, impende verificar a qualidade do sujeito ativo do crime, dado que este ato auferirá qual será o Tribunal competente para julgar a prática da conduta ilícita. Nessa toada, o infrator à norma internacional humanitária pode ser tanto o indivíduo quanto o Estado.

Nesse diapasão, o fórum internacional competente para julgar os indivíduos que realizam a conduta considerada como crime de guerra será atribuído ao Tribunal Penal Internacional

²⁴ Vide Capítulo 15: *War Crimes*. In: SAUL, Ben; AKANDE, Dapo. *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*. Great Clarendon Street, Oxford, OX2 6DP, United Kingdom: Oxford University Press, 2020.

²⁵ CIJ/45 – Artigo 38 – A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem (tradução nossa).

²⁶ Estatuto de Roma (1998) – Artigo 5º – Crimes da Competência do Tribunal – §1º – A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão (tradução nossa).

²⁷ Vide Capítulo 15: *War Crimes*. In: SAUL, Ben; AKANDE, Dapo. *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*. Great Clarendon Street, Oxford, OX2 6DP, United Kingdom: Oxford University Press, 2020.

(TPI), cuja jurisdição está adstrita aos crimes previstos no Estatuto de Roma, aí entendidos os crimes que afetem a comunidade internacional e, assim, considerados de maior gravidade.²⁸ É essencial destacar que a jurisdição atribuída ao TPI não significaria violação ao princípio do *non bis in idem*, uma vez que o próprio Estatuto determina que o referido Tribunal tem natureza complementar. Em outras palavras, a aferição de competência ao referido tribunal não implicaria exclusão de competência dos Estados para o julgamento dos referidos crimes, mas tão somente estabeleceria competência supletiva em caso de omissão ou incapacidade de efetiva sanção por parte dos Estados-Pactuantes (REZEK, 2018, p. 193-194).

Quanto à possibilidade de responsabilização penal quando o sujeito ativo da conduta for um Estado, a competência para o julgamento do Estado não foi atribuída ao TPI, haja vista que a ele foi atribuída somente a jurisdição sobre pessoas. Como o Estado é um ente personalizado, suas ações materializam-se por meio de condutas humanas, estas compreendidas nas ações praticadas por suas Forças Armadas, e, naturalmente, implicam responsabilidade de seus atos atribuíveis ao Estado, atuando, portanto, como atores estatais.²⁹

Nessas circunstâncias, a competência recairá sobre a Corte Internacional de Justiça, segundo determina o artigo 34 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945).³⁰

Nessa oportunidade, é importante mencionar que a possibilidade de responsabilização penal por crimes de guerra não pode ser entendida de maneira estanque, de modo que a responsabilização atribuída ao indivíduo não exclui aquela atribuída, também, ao Estado: ela pode perfeitamente ocorrer de maneira paralela.³¹

Pelas pedagógicas observações de Louise Arbour³², o regramento de Direito Internacional Humanitário impõe aos Estados o dever de agirem em:

- 1) Conformidade com o direito humanitário; 2) a promoção de uma cultura universal de conformidade com as demandas do direito penal internacional, em paralelo com o desenvolvimento de uma cultura de direitos, por meio de legislação, extradição, fornecimento de informações e outras formas de apoio, incluindo apoio financeiro, a fóruns legítimos existentes; 3) insistência sobre a aplicação, seja internamente ou por meio de opções internacionais existentes (tradução nossa).

²⁸ Estatuto de Roma (1998) – Artigo 1º – O Tribunal – É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (“o Tribunal”). 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 reger-se-ão pelo presente Estatuto (tradução nossa).

²⁹ *Op. cit.*

³⁰ Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945) – Capítulo II: Competência da Corte – Artigo 34 – §1º Apenas os Estados poderão ser partes em casos diante da Corte. §2º Sujeita a seu próprio Regulamento e de conformidade do mesmo, a Corte poderá solicitar de organizações internacionais públicas, informação relativa a casos que se litigam ante a Corte, e receberá a informação que tais organizações enviem a iniciativa própria. § 3º Quando em um caso que se litigam diante da Corte se discuta a interpretação do instrumento constitutivo de uma organização internacional pública, ou de uma convenção internacional organizada em virtude do mesmo, o secretário comunicará à respectiva organização pública e lhe enviará cópias de todo o expediente (tradução nossa).

³¹ *Vide* Capítulo 15: *War Crimes*. In: SAUL, Ben; AKANDE, Dapo. *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*. Great Clarendon Street, Oxford, OX2 6DP, United Kingdom: Oxford University Press, 2020.

³² *Vide* Part III: International Criminal Law, Humanitarian Law and the Responsibility of States for Choice of Forum and Effective Enforcement. In: DOLGOPOL Ustinia; GARDAM Judith. *The Challenge of Conflict: International Law Responds – International Humanitarian Law Series*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. V. 13.

Os deveres impostos aos Estados, sejam estes partes ou não do conflito armado, em relação à prevenção e punição dos crimes de guerra, estão contidos no artigo 1º comum às Convenções de Genebra de 1949.³³

Sinteticamente, a obrigação de que os Estados criem mecanismos de responsabilização no âmbito de seu próprio território é exigida pelas Convenções de Genebra quando ocorrem graves violações ao seu conteúdo; é o que dispõe o artigo 49 da Convenção I de Genebra de 1949.³⁴

Por fim, não se pode olvidar que a penalidade aplicada ao Estado não ocorre na mesma proporção daquela empregada ao indivíduo, haja vista a grande dificuldade que os Estados criam para estabelecer prática de regra, o que normalmente gera uma inobservância por parte deles em cumprir essa obrigação.³⁵

4 CONCLUSÕES

Por todo exposto, resta evidente a interdependência entre os elementos jurídicos trabalhados, sendo essa circunstância uma condição *sine qua non* para se poder compreender a efetividade conferidas às normas jurídicas humanitárias, uma vez que, na prática, a eficácia dessas normas sofre ingerência política, social e econômica no plano internacional.

Com efeito, em que pese a eficácia das normas humanitárias experimentarem essas interferências e da sociedade internacional possuir uma ordem jurídica descentralizada, na qual as relações entre Estados-nacionais e sujeitos internacionais são estabelecidas num plano de horizontalidade, o que acarreta uma ausência de autoridade superior capaz de traduzir uma vontade unificada e garantir sua observância, posto que os atores somente se vinculam às regras que voluntariamente consentiram, conforme assinala Sidney Guerra (2021, p. 17), existem certos mecanismos jurídicos passíveis de utilização a fim de garantir efetividade concreta ao propósito a que se destinam as normas humanitárias.

O que se materializa por meio da utilização de mecanismos jurídicos, a exemplo da instalação de Tribunais *ad hoc* no passado, quando inexistia um tribunal penal internacional permanente competente para julgar indivíduos que infringissem as regras estabelecidas pelo conjunto jurídico humanitário, demonstra uma evolução direcionada a instituir a devida responsabilização penal aos infratores, bem como a utilização do instituto jurídico de intervenção humanitária, em que há considerável mitigação da soberania estatal plena em prol da assistência às pessoas em situações de extrema gravidade que coloquem em risco eminente a proteção e a garantia aos direitos humanos.

Por fim, constata-se que o Direito não é fenômeno estático; pelo contrário, por ser um fato haurido socialmente, sempre está em constante mudança (MASCARO, 2021b, p. 53). Assim o é; as normas do Direito Internacional dos Conflitos Armados têm se adaptado ao longo do tempo.

³³ Vide Capítulo 15: War Crimes. In: SAUL, Ben; AKANDE, Dapo. *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*. Great Clarendon Street, Oxford, OX2 6DP, United Kingdom: Oxford University Press, 2020.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

Isso pode ser explicado pelo fato de as normas de Direito Internacional Humanitário possuírem um núcleo axiológico essencialmente ligado à proteção das pessoas vulneráveis em virtude dos conflitos armados e, por estarem assentadas num escopo humanitário, tendem a ampliar suas fontes (CAMILLO, 2019, p. 94-95).

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- CAMILLO, Carlos. *Manual da Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Almedina, 2019.
- DOLGOPOL Ustinia; GARDAM Judith. International Criminal Law, Humanitarian Law and the Responsibility of States for Choice of Forum and Effective Enforcement. In: *The Challenge of Conflict: International Law Responds – International Humanitarian Law Series*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. Vol. 13.
- ESTATUTO da Corte Internacional de Justiça. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.
- ESTATUTO de Roma do Tribunal Penal Internacional. 1998. Disponível em: <https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?documentId=ECB0900A58344967412566950057E1B0&action=openDocument>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- FERREIRA, Aurélio B. de H. *Mini Aurélio: o dicionário da Língua Portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.
- FREELAND, Steven. Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando crimes ambientais. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, a. 2, n. 2, , p. 118-145, 2005.
- GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS. *Rule of Law in Armed Conflicts Project (RULAC)*. Geneva: Geneva Academy. Disponível em: <http://www.rulac.org/>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- GUERRA, Sidney. Curso de direitos humanos. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- GUERRA, Sidney. Curso de direito internacional público. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- ICRC. International Committee of the Red Cross. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), of 8 June 1977*. Geneva: ICRC, 1977. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- ICRC. International Committee of the Red Cross. *The Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: ICRC, 1949. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- LAETEACHER. *Effectiveness of International Humanitarian Law*. Lawteacher Free Law Study Resources. 2019. Disponível em: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/international-law/effectiveness-of-international-humanitarian-law.php?vref=1>. Acesso em: 30 set. 2021.
- MASCARO, Alysson L. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2021a.
- MASCARO, Alysson L. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021b.
- PORTELA, Paulo H. G. *Direito internacional público e privado*. 10 ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2018.
- PRETI, Bruno Del; LÉPORE, Paulo. *Direito internacional público e privado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. Volume 55.
- REZEK, José F. *Direito internacional público: curso elementar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SASSÒLI, Marcus. *International Humanitarian Law: rules, controversies, and solutions to problems arising in warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2019.
- SAUL, Ben; AKANDE, Dapo. War Crimes. In: *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*. United Kingdom: Oxford University Press, 2020.
- SHAW, Malcolm N. *International Law*. Sixth edition. New York: Cambridge University Press, 2008.
- SULCE, Marija. *The Syrian Armed Conflict: Nearing the end? The War Report 2018*. Geneva: Geneva Academy, 2019.
- SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao direito internacional humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha; Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

Todo conteúdo da Revista Direitos Humanos e Democracia
está sob Licença Creative Commons CC – By 4.0