

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**LEANDRO ANDRE PEDROSO DA SILVA**

**LEGÍTIMA DEFESA PREVENTIVA NO DIREITO  
INTERNACIONAL HUMANITÁRIO**

Rio de Janeiro

2017

**LEANDRO ANDRE PEDROSO DA SILVA**

**LEGÍTIMA DEFESA PREVENTIVA NO DIREITO  
INTERNACIONAL HUMANITÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal do Estado do Rio de  
Janeiro (UNIRIO), como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Marcelo David Gonçalves

Rio de Janeiro

2017

*À Deus, à minha esposa Kívia, à minha filha  
Maria, companheiras de todas as horas, nos momentos  
alegres, difíceis e de estudo.*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao mestre, Prof. Marcelo David pela compreensão e apoio para a conclusão deste trabalho.

À minha família, pela confiança, apoio nas horas difíceis e incentivo constante na conclusão deste sonho.

Aos amigos e colegas de turma, pela força e companheirismo dispensada durante esta jornada de trabalho.

Aos professores e colegas do Curso de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, pois juntos trilhamos esta importante etapa de nossas vidas.

À todos que, com boa intenção, colaboraram para a realização e finalização deste estudo.

## RESUMO

Os conflitos armados entre nações existem desde que o mundo começou a se organizar por tribos e mais tarde em países com territórios demarcados. Na maioria das vezes, saber quem tem a razão no litígio se torna difícil e complexo, pois envolve questões ideológicas ou de um passado longínquo de conflitos e disputas por fronteiras. A utilização do recurso armado para a solução desses conflitos é uma preocupação permanente da ONU e de seus países integrantes. A invasão do Iraque pela coalizão anglo-americana foi alvo de intensos debates, segundo o aspecto da Política e do Direito. As justificativas oficiais utilizam o argumento da legítima defesa preventiva, da segurança coletiva e da intervenção humanitária. Este trabalho monográfico objetiva apontar aspectos importantes do Direito Internacional dos Conflitos Armados, apresentando os institutos de Legítima Defesa e sua admissibilidade através de Direito Internacional contemporâneo, discutindo a legitimidade e a legalidade da ação bélica.

Palavras-chaves: Direito Internacional Humanitário, *Jus ad Bellum* e Legítima Defesa Preventiva.

## ABSTRACT

Armed conflicts between nations exist since the world began to organize by tribes and later in countries with territories demarcated. Most of the time, know who is right in the dispute becomes difficult and complex because it involves ideological issues or a distant past conflicts and border disputes. The use of armed resource for the solution of these conflicts is a permanent UN concern and its member countries. The invasion of Iraq by the Anglo-American coalition has been considerable discussions, according to the aspect of policy and law. The official justifications use the argument of legitimate preventive defense, collective security and humanitarian intervention. The objective of this monograph point out important aspects of the International Law of Armed Conflict, with the institutes of self-defense and its admissibility by contemporary international law, discussing the legitimacy and legality of the war action.

Keywords: international humanitarian law, *Jus ad Bellum* and legitimizes Preventive Defense.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
CG	Convenção de Genebra
CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CF	Constituição Federal
CPM	Código Penal Militar
DIH	Direito Internacional Humanitário
DICA	Direito Internacional dos Conflitos Armados
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PA	Protocolo Adicional
TLTE	Tigres de Libertação Tâmil
TPI	Tribunal Penal Internacional
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1. O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO</b> .....	18
1.1 Considerações Gerais.....	18
1.2 A História do Direito Internacional Humanitário.....	20
1.3 A Substituição da definição de “guerra” por “conflito armado”.....	25
1.4 A relação entre o direito internacional humanitário e os direitos humanos...27	
1.5 Teorias da relação entre os direitos humanos e o direito internacional humanitário.....	29
1.5.1 A Teoria Integracionista.....	30
1.5.2 A Teoria Separatista.....	31
1.5.3 A Teoria Complementarista.....	32
<b>2. AS BASES DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO</b> .....	33
2.1 O objeto do direito internacional humanitário.....	33
2.2 As fontes do direito internacional humanitário.....	35
2.3 Os princípios do direito internacional humanitário.....	39
2.3.1 Princípio da Humanidade.....	40
2.3.2 Princípio da Necessidade.....	41
2.3.3 Princípio da Proporcionalidade.....	43
2.3.4 Princípio da Distinção.....	45
2.3.5 A Independência entre o <i>Jus ad Bellum</i> e <i>Jus in Bello</i> .....	45
<b>3. JUS AD BELLUM E O DIREITO A AUTODEFESA</b> .....	48
3.1 A Autodefesa Antecipatória.....	50
3.1.1 Interceptivo.....	50
3.1.2 Preemptivo.....	50
3.1.3 Preventivo.....	51
3.2 Incertezas a respeito da Defesa Preventiva.....	51
3.3 A Doutrina Bush e a Ampliação da Legítima Defesa Preventiva.....	54
3.4 Aspectos Políticos da Atual Ordem Jurídica.....	58
<b>CONCLUSÃO</b> .....	64



<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>69</b>
--------------------------	-----------

## INTRODUÇÃO

As guerras internacionais, os conflitos armados e as guerras civis constituem uma cruel realidade da nossa época e sempre acompanhou o caminho da humanidade. Nos últimos anos, milhões de pessoas, na maioria delas civis, morreram ou tiveram de abandonar suas casas em decorrência dos conflitos armados ou guerras civis.

A sociedade, em geral, repudia a existência destes acontecimentos e questiona a necessidade e a legalidade da ocorrência de tanta barbárie. Porém, desde os tempos remotos, o homem não consegue se desvencilhar destes conflitos. Os Estados fazem uso da guerra para provar sua força e influência política, e conquistar suas pretensões sobre os subjugados, com o objetivo de estabelecer uma relação de poder entre dominados e dominadores.

A guerra é talvez a violência na maior escala que o homem tenha conseguido produzir. As guerras surgem por fatores econômicos, políticos, religiosos, culturais, etc. Cada guerra tem a sua história, mas ela sempre existiu, existe e continuará a existir, é a violência que se opõe à paz<sup>1</sup>.

Todavia, não basta afirmar que a guerra constitui um crime ou um ato ilegal a ser reprovado pela comunidade mundial. A sociedade atual tenta prevenir, de todas as formas, a existência de conflitos armados. Porém, o fato da guerra ser prevenida e punida, não deve impedir o tratamento dos males que ela causa.

Este é o objetivo perseguido pelo Direito Internacional Humanitário (DIH) ou Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), que em nome dos princípios da humanidade e da dignidade, reconhecidos por todas as formas de civilização, visa proteger a pessoa que se encontra envolvida numa situação perigosa e catastrófica resultante da violência causada pela guerra ou por um conflito armado.

As causas da guerra são as mais diversas, tais como: política, econômica, cultural, étnica, entre outras; contudo, podem-se resumir todas elas na palavra

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos humanos e conflitos armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 74

política, isto é, quando os Estados, no caso internacional, ou facções, no caso interno, dão relevância política e ideológica as suas diferenças é que surge a guerra<sup>2</sup>.

O amparo pelo Direito Internacional Humanitário surge a partir da existência do litígio ou de um conflito armado. Sua inexistência nos dias atuais seria impraticável, visto que é da natureza humana a ocorrência de conflitos armados ou outras formas de violência. Para que haja Guerra, pressupõe-se que seja necessário existir inimigos e Estados envolvidos.

A guerra, dentro de uma concepção clássica e histórica, é um instrumento de poder das nações e, desta forma, só pode ocorrer entre Estados. Porém, atualmente, a existência de inimigo “invisível” assola toda a sociedade mundial, visto que correntes ideológicas, religiosas e fundamentalistas, altamente radicais, propiciam o surgimento de uma nova guerra: a guerra contra o terrorismo.

A evolução dos princípios de respeito e dignidade ao ser humano, fruto de desastrosos acontecimentos no passado, incutiu na atual sociedade moderna, uma forma de proteção ao que é mais valioso no mundo, a vida.

Assim, o Direito Internacional Humano resgata, ou pelo menos tenta resgatar, princípios que devem ser aplicados por Estados soberanos em caso de conflito armado e, além do mais, impõe a aplicação de sanções pelo Tribunal Penal Internacional nos casos de desrespeito aos acordos referendados e ratificados.

Humanizar a guerra parece, contudo, uma pretensão paradoxal, visto que a guerra ou o conflito armado, por si só, constitui um acontecimento rejeitado pelo Direito. Já a constante existência dos conflitos armados, seja de caráter internacional ou não internacional, como no Iraque e no Haiti, ratifica a importância e a necessidade da abordagem pelo Direito Internacional Humanitário e a aplicação de seus fundamentos e instituições. A agressão, tanto ao território como à pessoa dos subjugados, resulta em um clima de tensão, o que sujeita à ocorrência de atrocidades, muitas delas terroristas, vista como a forma mais covarde e brutal que se possa ter conhecimento.

---

<sup>2</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos humanos e conflitos armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.75

As operações de paz regem-se pelo direito da paz, enquanto as operações em caso de conflito armado ou guerra regem-se pelo direito da guerra. A prática de crime por membros da força de paz nas operações de imposição da paz pode caracterizar até mesmo crime de guerra, pois o cenário que o envolve é de conflito armado. Por essa razão convém que os integrantes destas missões estejam bem instruídos a cerca dos principais princípios e regras de direito internacional dos conflitos armados. Mesmo nas operações de manutenção da paz, pode haver a possibilidade da força de paz envolver-se em conflito armado, cogitando-se, neste caso, a prática de algum crime de guerra.

A República Federativa do Brasil ratificou em 29 de junho de 1957 as Convenções de Genebra de 1949 e aderiu aos seus dois Protocolos Adicionais de 1977. Esses instrumentos contêm um conjunto de regras internacionais destinadas a dar proteção às vítimas dos conflitos armados.

Hoje, a quase totalidade dos países do mundo (185 países) são Partes nessas Convenções e por isso, comprometeram-se a "respeitar e fazer respeitar" suas regras, conforme consta expressamente em seu texto, e, com esta finalidade especial, tornar-se de conhecimento de suas Forças Armadas.

O Brasil se comprometeu a respeitar o DIH. Isto significa que se deve difundir, para todos os níveis, o conhecimento, o conteúdo e as regras de comportamento que compreendem o DIH. Tanto os militares brasileiros, como cidadãos a serviço do Estado, devem saber o necessário para poderem cumprir sua missão constitucional, além de não poderem alegar desconhecimento de norma ratificada pelo País, quando em operações em território estrangeiro. Ninguém é capaz de conhecer todas as normas existentes, porém, dentro do seu nível de atuação, é primordial que as normas instituídas sejam de conhecimento por todos<sup>3</sup>.

Além do mais, o Estado é responsável por seus cidadãos. Ele deve garantir a sua proteção em caso de guerra. Toda cultura tem regras criadas estritamente para limitar o uso da força. O Direito Internacional Humanitário simplesmente traduz essas regras para uma linguagem jurídica e universal. Os Estados, ao adotarem estas regras, englobam para si o dever de garantir o respeito ao homem

---

<sup>3</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos humanos e conflitos armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.75

em tempos de guerra e de garantir, também, que a dignidade humana será mantida em todas as circunstâncias.

O Direito Internacional Humanitário se aplica aos conflitos armados e é nesta situação que ele deve ser garantido e respeitado. Da mesma forma que a maioria dos países prepara as suas defesas, mesmo quando não estão ameaçados por um conflito imediato, é em tempos de paz que as medidas devem ser tomadas para garantir que qualquer guerra seja conduzida com o devido respeito ao Direito Internacional Humanitário.

As regras do DIH têm por finalidade, dentre outras, proteger os combatentes fora de combate e as pessoas que não participaram ou não participam mais das hostilidades, além de se evitar sofrimentos inúteis. O DIH também rege a condução do combate e o uso de certas armas como finalidade de evitar sofrimentos ou males que sejam excessivos.

É um princípio fundamental universalmente admitido, segundo o qual, em todo conflito armado, o direito das partes em conflito de escolher os métodos e meios de fazer a guerra não é ilimitado. A necessidade militar não admite infringir um sofrimento por si só, por vingança, ou seja, não admite a crueldade à pessoa humana.

Além do mais, o DIH não tem a pretensão de se evitar a guerra, já que é do conflito que existe a sua atuação. O que pretende o Direito é atenuar, ou evitar, os enormes sofrimentos decorrentes de todo o conflito armado. A violação das regras não somente é punível como também desonra seu autor e a Instituição à qual pertence. É exigido de cada Estado signatário das Convenções de Genebra o estabelecimento de efetivas sanções para reprimir essas violações. É dever de cada chefe militar tomar as medidas necessárias para prevenir tais infrações e adotar as ações disciplinares ou penais cabíveis contra os seus autores.

O mundo contemporâneo vive em constante turbulência de conflitos internos e internacionais nos mais variados continentes e territórios. A Europa Oriental tem presenciado em sua história recente uma série de conflitos bárbaros, com aplicação de métodos perversos de extermínio e limpeza étnica, com o uso de milícias assassinas que matam qualquer “inimigo”, independentemente da idade ou gênero.

Na África, as dezenas de milhões de minas enterradas em solo angolano; a constante luta étnica entre tutsis e hutus, em Ruanda e nos países vizinhos; as guerrilhas e os assassinatos de líderes políticos; os fortes confrontos armados na Somália; além da fome que assola o continente e o deslocamento de refugiados, principalmente na Etiópia, Eritreia e Serra Leoa são fatos que promovem um aspecto muito comum no continente, a guerra como um meio de vida. A população civil, desarmada e inofensiva, é vítima de toda a forma de brutalidade, desrespeito e intolerância prática dos nos conflitos.

Na Ásia, principalmente no Oriente Médio<sup>4</sup>, o constante conflito étnico entre civilizações cristãs, muçulmanas e judaicas, como decorrência, entre outros, da expropriação das terras da Palestina, e além da inconstância das relações internacionais entre os países islâmicos, é palco de grandes barbáries.

Dentro deste território, o Iraque e o Afeganistão vêm sofrendo diariamente com atentados, que vitimam principalmente a população civil. A ocorrência de tal atrocidade deve-se ao fato do repúdio de milícias religiosas e fundamentalistas contra a invasão e intervenção norte-americana nestes países, que ali invadiram e se estabeleceram a fim de derrocar a atroz ditadura de Sadam Hussein e do Taliban, respectivamente.

A Índia e o Paquistão estão em constante ameaças “veladas” entre si, inclusive com a utilização de testes de artefatos nucleares de ambos os lados, no intuito de dissuadir a parte contrária quanto ao seu poder, face às pretensões do território da Cachemira, dando início a uma espécie de corrida armamentista, muito prejudicial à paz mundial, cujas consequências poderão ser as piores possíveis.

No Sri Lanka, combates entre as forças de segurança do governo (FSG) e os Tigres de Libertação Tâmil Eelam (TLTE) provocam milhares de feridos entre os civis e um número ainda maior de famílias obrigadas a abandonar seus lares.

Perante o exposto, como abordado anteriormente, o desejo de se humanizar a guerra ou os conflitos armados pelo mundo parece um objetivo paradoxal, contraditório. Porém, acreditando na possibilidade de um conjunto de normas que regulamentem a conduta dos Estados em casos de conflitos armados,

---

<sup>4</sup> Fazem parte os seguintes países: Síria, Líbano, Israel, Jordânia, Turquia, Chipre, Iraque, Irã, Arábia Saudita, Kuwait, Iêmen, Oman, Bahrain, Qatar e Emirados Árabes.

é que o Direito Internacional Humanitário poderá ser invocado. O Grande aliado do desenvolvimento e da divulgação do DIH é o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV)<sup>5</sup>.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha foi fundado em 1863 e é uma instituição neutra e independente tendo sua sede na Suíça. É o órgão fundador da Cruz Vermelha e o promotor das Convenções de Genebra. Em tempos de conflito armado - conflitos internacionais, guerras civis e distúrbios internos - ele propicia, entre outras, proteção e assistência às vítimas militares e civis, sejam elas prisioneiros de guerra, detidos civis, feridos de guerra ou populações civis em território ocupado ou inimigo; bem como visitação a detidos políticos.

Seu mandato, por ocasião durante conflitos, baseia-se nas quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais de 1977, bem como em seus próprios Estatutos (direito de iniciativa em outras situações que não conflitos armados). O CICV trabalha para aprimorar, promover e supervisionar a implantação dos citados tratados e para disseminar seus conhecimentos pelo mundo.

Face aos princípios da imparcialidade e neutralidade do CICV, o trabalho desenvolvido por este comitê consegue amenizar as decorrências malélicas de um conflito armado. O conjunto de normas humanitárias internacionais que constituem o bojo jurídico que ampara sua atuação não são apenas as Convenções de Genebra de 1949, mas também os dois Protocolos adicionais de 1977, sendo o I Protocolo relativo às vítimas de conflitos armados internacionais e o II Protocolo relativo às vítimas de conflitos armados não-internacionais.

Apesar da opinião contrária de que *silent enim legis inter armes*<sup>6</sup>, não há como negar a importância do DIH, pois sem as restrições jurídicas que ele impõe às partes em conflito, a guerra poderia degenerar-se em uma situação de barbárie absoluta, e seus efeitos devastadores poderiam ser muito maiores<sup>7</sup>. De fato, essa preocupação da sociedade internacional pode ser facilmente constatada pela leitura do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, quando este reconhece que “no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres

---

<sup>5</sup> O CICV tem sede em Genebra, Suíça, e possui delegações para todos os continentes do mundo.

<sup>6</sup> Leis são inoperantes em guerra.” Cf. Marcus Tullius Cícero

<sup>7</sup> BORGES, Leonardo Estrela. *O Direito Internacional Humanitário*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da Humanidade” e afirma “que os crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional no seu conjunto não devem ficar impunes”<sup>8</sup>.

O instituto da legítima defesa, à medida que é um dos mais legítimos e também antigos direitos de se valer-se da força, configura-se um assunto de extrema pertinência na idade contemporânea. Perante a regra proibitiva da utilização da força na relações internacionais, disposta no art. 2º, §4º, da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), a possibilidade excepcional de apresentar o uso da força torna-se uma discussão imprescindível a ser analisada.

Os Estados tem procurado se ajustar não apenas moralmente, mas juridicamente suas ações militares no meio internacional. Ao longo do tempo que se estendeu da Paz de Westfália até a Segunda Grande Guerra, os Estados detinham legitimidade para o confronto, justificada mediante a política do poder. Por causa disso, em respeitabilidade da regra proibitiva da utilização da força, a legítima defesa, assegurada pelo art. 51 da Carta, apresenta-se com singular eventualidade da força ser usada unilateralmente pelos Estados na contemporaneidade, revelando, dessa maneira, especial destaque.

A partir da constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, nova regra inaugurou-se no âmbito internacional, representando recente fase atinente a utilização da força, que transformou os *jus ad bellum* em *jus contra bellum*. Perante esta alteração, certa série de considerações jurídicas sobre os novos ditames legais da Carta e também de sua simetria através da realização estatal foi levantada. Os Estados passaram o ter que atender as regras de Direito Internacional que, por seu momento, declararam a transmissão da legitimidade da utilização da força para uma sistemática multilateral responsável pela segurança coletiva. Dessa maneira, constata-se que a utilização da força pelos Estados encontra-se atualmente circunscrito nas hipóteses permissivas de hombridade excepcional, ensejando a responsabilidade das instituições internacionais em investigar a realização dos Estados, do mesmo jeito que, munirem-se de modo a realizar as incumbências nas quais foram submetidas, quais sejam: a preservação da paz e salvaguarda internacionais.

---

<sup>8</sup> Cf. preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.



Portanto, ao longo deste trabalho realiza-se um estudo sobre o Direito Internacional dos Conflitos Armados, verificando sua influência nas operações militares da atualidade.

# 1 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

## 1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Nos tempos primórdios, a caracterização de um conflito armado ou guerra consubstanciava-se pela ausência de qualquer regra. Os subjugados eram submetidos às leis do mais forte, do conquistador. As populações vencidas eram massacradas e, quando preservadas, submetidas à escravidão.

Com o passar do tempo, ideais de moderação, humanidade e de tolerância com os vencidos em combate foram tomando corpo, talvez pela necessidade dos beligerantes preservarem o potencial humano; como também pelo medo das represálias ou pela tomada de consciência da irracionalidade quanto aos massacres às populações vencidas.

A título de exemplo podem ser referidas as leis de Manou (na Índia) que proibiam a utilização de flechas envenenadas; exigiam que o vencedor poupasse os feridos, bem como aqueles que se rendiam; e que respeitassem as leis das nações conquistadas. Na China, um pensador do século IV a.C., Se-Ma, condenou as destruições inúteis e recomendou que não fossem atacadas as pessoas que não pudessem se defender e que os feridos fossem tratados com respeito. Os Incas tinham uma conduta relativamente paternal para com os povos vencidos, especialmente se estes fossem estrangeiros: tentavam uma reconciliação.

Quanto à vontade de assegurar certa humanização aos resultados de uma guerra, Santo Agostinho escreveu: "Se o inimigo que combate deve morrer, que tal seja por necessidade, e não por tua vontade... O vencido ou o capturado têm direito à compaixão".

Por outro lado, a "Guerra Justa" de Santo Agostinho foi considerada um retrocesso na evolução do pensamento humanitário. As Cruzadas religiosas deste período cometeram muitas atrocidades aos que questionavam o poder da Igreja.

Contudo, o Iluminismo<sup>9</sup> trouxe um avanço significativo do pensamento humanitário.

Em 1762 Jean Jacques Rousseau<sup>10</sup>, na qual suas teses se resumem em “o homem é bom por natureza, a sociedade o corrompeu”, escreve no seu Contrato Social que a guerra não consiste numa relação de homem para homem, mas sim de Estado para Estado, na qual os indivíduos só acidentalmente são inimigos. Segundo este autor, o fim da guerra transforma os antigos inimigos novamente em simples homens, o que implica o respeito pelos soldados feridos e por aqueles que se encontrem em poder do inimigo<sup>11</sup>.

Em todos os sistemas sociais surgiu, e ainda surgem conflitos. O conflito é um mal que acompanha o desenvolvimento das sociedades. Em geral, o termo conflito é o recurso utilizado pelas partes envolvidas em situações nas quais a capacidade de se resolver a lide, por diversos mecanismos reguladores, tais como mediações, acordos ou até mesmo pelas estruturas sociais, fracassou. A violência é a última alternativa.

Para Carl Schmitt, o que determina o Estado enquanto tal é que a ele pertence o *jus belli*, ou seja, a possibilidade de determinar a guerra e a eliminação do inimigo. “A função bem desempenhada de um Estado normal consiste, porém, sobretudo em produzir no interior do Estado e de seu território uma satisfação completa, estabelecer tranquilidade, segurança e ordem...”<sup>12</sup>.

Os Estados soberanos procuram estar preparados contra atos de violência. Historicamente, o exercício da soberania pelos Estados exige o preparo de suas forças armadas para a guerra, mesmo que em uma situação defensiva. Hoje, além disso, as Forças Armadas (FFAA) são chamadas a participar numa multiplicidade de missões complementares e de apoio que não são consideradas de guerra. A finalidade do preparo é evitar a guerra, não provocá-la. A aplicação de conceitos estratégicos de defesa como a persuasão e a dissuasão é eficaz para se evitar o conflito.

---

<sup>9</sup> Chama-se de Iluminismo o movimento cultural que se desenvolveu na Inglaterra, Holanda e França, nos séculos XVII e XVIII. Deu origem a ideias de liberdade política e econômica, defendidas pela burguesia

<sup>10</sup> Rosseau representa uma reação espiritualista contra a filosofia das luzes e o otimismo dos enciclopedistas.

<sup>11</sup> ALBUQUERQUE, Catarina & MARTINS, Isabel Marto. *Direito internacional humanitário*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih1.htm>.

<sup>12</sup> KÉVERGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt*. Ed Manole. São Paulo. 2006

Até recentemente, mais precisamente, até o início do século passado o exercício da guerra era perfeitamente lícito. Era o uso da força pelos Estados como forma de legitimar sua vontade sobre outro Estado.

Com o advento do Pacto de Briand Kellog de 1928 e a posterior adoção da Carta das Nações Unidas em 1945, a guerra passou a ser considerada um ilícito internacional, devendo todos os povos, a partir de então, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as forças para manter a paz e a segurança internacional, e garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será utilizada a não ser no interesse comum, empregando um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos<sup>13</sup>.

Posteriormente, com a adoção do Estatuto de Roma de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional, verificou-se o elevado grau de reprovação que os Estados conferiam a esta conduta, ao se estabelecer, dentre os crimes de sua competência, os atos de agressão e os crimes de guerra<sup>14</sup>.

Todavia, mesmo sendo tipificadas de crime por estes Tratados e Estatuto, a realidade nos mostra que atualmente as guerras continuam a acontecer e a causarem um número maior de vítimas. Assim, é imprescindível que o direito, como fator regulador da vida em sociedade, aborde amplamente esta questão e crie mecanismos para diminuir o sofrimento de sociedades envolvidas em situações de conflito armado, ou em outras palavras, proporcione mais “humanidade” aos conflitos ou às guerras.

## 1.2 A HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

O Direito Internacional Humanitário, sendo um ramo emergente do Direito Internacional Público, vem sendo aperfeiçoado ao longo dos últimos anos, tendo no Direito Internacional Consuetudinário, a sua base, e no Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), o seu guardião.

Com o término da II Guerra Mundial surgiu uma forte tendência em torno de

---

<sup>13</sup> Preâmbulo da Carta das Nações Unidas.

<sup>14</sup> Cf. art. 5 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

consolidar o Direito Internacional Humanitário como direito normatizador dos problemas decorrentes das guerras.

A doutrina distingue existirem três categorias que se destinam em assegurar o respeito aos seres humanos, na medida em que tal pretensão seja compatível com os requisitos militares, a ordem pública, e que venha a atenuar os sofrimentos causados pelas hostilidades<sup>15</sup>.

Doutrinariamente, tais categorias do Direito Internacional Humanitário são assim denominadas, em relação às normas que regulamentam os conflitos armados: o Direito de Genebra, o Direito de Haia, e uma terceira vertente mais recente, o Direito de Nova Iorque<sup>16</sup>.

Pode-se afirmar que o Direito de Genebra e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha têm a mesma origem, pois derivam dos princípios alinhados da obra de Henry Dunant<sup>17</sup>. Quanto ao Direito de Haia, este se preocupa mais com a regulamentação dos métodos e meios de combate, e concentra-se na condução das operações militares. O Direito de Haia é, portanto, de interesse fundamental ao comandante militar em terra, mar e ar<sup>18</sup>.

O Direito de Haia encontra a maior parte das suas regras nas Convenções de Haia de 1899 (revistas em 1907), porém, permaneceram inalteradas desde esta data, o que não aconteceu com o Direito de Genebra.

Sendo assim, na Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável a Conflitos Armados, ocorrida em Genebra entre 1974 e 1977, o CICV considerou que as regras da Convenção de Haia deveriam ser incluídas no esboço dos Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1949<sup>19</sup>.

Ao final da citada conferência foram aprovados os dois Protocolos

---

<sup>15</sup> ROVER, C. de. Para servir e Proteger: direitos humanos e direito internacional humanitário para as forças policiais e de segurança, p. 39.

<sup>16</sup> TRINDADE, A. A. Cançado. Direito Internacional Humanitário, p. 26.

<sup>17</sup> Coube a Henry Dunant o papel criador do DIH. Após retorno de Solferino, norte da Itália, onde presenciou o terrível combate entre franceses, italianos e austríacos, que deixou, ao final do dia, mais de 40.000 vítimas, entre mortos e feridos, publicou em Genebra o livro *Un Souvenir de Solferino*. Evocou nesta publicação a criação de sociedade de socorro privada e a aprovação de um tratado internacional que facilitasse sua atuação. Fundou, então, o “Comitê Internacional de ajuda aos feridos” que mais tarde – em 1880 – foi transformado em Comitê Internacional da Cruz Vermelha – CICV.

<sup>18</sup> ROVER, C. de. Op. Cit., p. 40.

<sup>19</sup> Idem, p. 39.

Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas de conflitos armados internacionais e não-internacionais.

A criação do chamado Direito de Nova York corresponde aos esforços das Nações Unidas para o desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário. O início desta corrente reside na Conferência de Teerã sobre Direitos Humanos de 1968, seguida de uma série de resoluções da Assembleia-Geral das Nações Unidas e outros órgãos principais, marcando um novo âmbito de interesses para a corrente, culminando com a aprovação dos dois Protocolos.

Por fim, a própria Corte Internacional de Justiça chegou à conclusão de que, com a aprovação dos dois protocolos não existia mais distinção entre Direito de Genebra e Direito de Haia, visto que estes dois ramos do direito, aplicáveis em conflitos armados, desenvolveram relações tão estreitas que são vistos como tendo se fundido gradualmente em um único sistema complexo, que chamamos atualmente de Direito Internacional Humanitário.

As disposições dos Protocolos Adicionais de 1977 expressam e atestam a unidade e a complexidade deste direito<sup>20</sup>.

Ao se mencionar ao DIH em qualquer situação, imperioso é a abordagem do Direito de Genebra e do Direito de Haia, ou seja, como expresso anteriormente pelo parecer da Corte Internacional, o DIH é a fusão destes dois direitos.

Voltado para a proteção da pessoa humana, o CICV conceitua assim o DIH:

Parte importante Del derecho internacional público, el derecho internacional humanitario (o derecho humanitário) es el conjunto de normas cuya finalidad, en tiempo de conflicto armado, es, por una parte, proteger a las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades y, por otra, limitar los métodos y medios de hacer la guerra<sup>21</sup>.

Todavia, Celso de Albuquerque Mello define o DIH de forma mais sucinta, sem deixar de elencar os elementos essenciais do Direito Humanitário:

<sup>20</sup> Parecer consultivo sobre a licitude da ameaça ou uso de armas nucleares, de 8 de julho de 1996. CIJ, *Rec.* 1996, p. 34.

<sup>21</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Derecho internacional humanitário* – respuestas a sus preguntas. Ginebra: Comitê Internacional de la Cruz Roja, 1998. p. 4. Tradução: Parte importante do Direito Internacional Público é Direito Internacional Humanitário (o Direito Humanitário) e o conjunto de normas cuja finalidade, em tempo de conflito armado, é, por uma parte, proteger as pessoas que não participam, ou não deixado de participar, nas hostilidades e, por outra, limitar os métodos e meios de fazer a guerra.

Talvez se possa definir o Direito Internacional Humanitário como um sub-ramo do Direito Internacional Público Positivo que integra o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo por finalidade proteger a pessoa humana em conflitos armados<sup>22</sup>.

Em contrapartida, Christophe Swinarski conceitua o DIH de forma mais complexa, assim expresso:

O DIH é um conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificadamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito escolherem livremente os métodos e os meios utilizados na guerra (Direito de Haia) ou que protege as pessoas e os bens afetados (Direito de Genebra)<sup>23</sup>.

O notório foi a necessidade de implantar um sistema que pudesse limitar, ainda mais, as ações bélicas dos Estados, diminuindo sua liberdade absoluta de fazer guerras e conflitos. Celso de Albuquerque Mello<sup>24</sup> relata que algumas limitações eram impostas aos Estados na Idade Média, porém foi neste período que se cometeram as maiores atrocidades em combate (Guerra Santa), visto que antes disso os romanos desconheciam limites humanitários ante a vontade de expandir o seu Império.

A função do Direito Internacional Humanitário é regulamentar o direito de guerra – *Jus in Bello* -, até mesmo porque regulamentar a limitação e a proibição do direito de recorrer à guerra – *jus ad bellum* – é o grande objetivo do direito internacional e do sistema das Nações Unidas, instituição criada para este fim<sup>25</sup>.

Dessa forma, os conceitos do Direito de Genebra e o Direito de Haia estão intimamente relacionados também com o *jus ad bellum* e o *Jus in Bello*, que foram

---

<sup>22</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 137.

<sup>23</sup> SWINARSKI, Christophe. *Direito Internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana: principais noções e institutos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 31.

<sup>24</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 136.

<sup>25</sup> De acordo com o Art. 2º da Carta das Nações Unidas, “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” e “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 outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”.

diferenciados ao longo da história.

O *jus ad bellum* nem sempre foi assegurado apenas aos Estados. Ao contrário, este direito era defendido pelos poderosos, que achavam que podiam declarar guerra (guerras privadas).

Com a concentração do poder nas mãos dos Estados, e reforçado o *jus ad bellum* como prerrogativa exclusiva daquele que detém soberania, apenas os Estados poderiam declarar guerra e ter assegurado este direito<sup>26</sup>.

Atualmente os Estados não mais são titulares desse direito em caráter absoluto. Em razão da Carta da ONU, principalmente, a guerra só é permitida aos Estados em caso de legítima defesa<sup>27</sup>.

O *Jus in Bello* (Direito de Guerra) é a regulamentação da guerra, ou seja, o conjunto de normas que regulamentam as condutas entre os beligerantes. Desta forma, Swinarski concorda com o parecer da Corte Internacional ao entender a junção do Direito de Haia e Direito de Genebra:

Porém, atualmente parece impossível separar, no que permanece dentro do Direito Internacional Público – depois do desaparecimento de ser campo clássico de aplicação do “direito de guerra” do **jus ad bellum** – o que tem como objetivo limitar as modalidades de guerra, do que determina as modalidades de atuar com as vítimas da guerra. Estes aspectos somente representam dois lados da mesma situação, de modo tal que aqueles dois conjuntos de normas essencialmente têm a mesma matéria<sup>28</sup>.

Todavia, é de entendimento que a definição de DIH é mais restrita que o Direito de Guerra propriamente dito. O DIH tem o objetivo específico de assegurar a proteção à pessoa humana. O Direito de Guerra é mais amplo que o DIH, seu alcance vai além da relação entre Estados e os indivíduos, visto que a relação fundamentada pelo Direito de Guerra é entre dois Estados.

O DIH poderia ser então definido, de forma específica, como o ramo do Direito Internacional Público que tem por fundamento, em tempos de conflitos

<sup>26</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos humanos e conflitos armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 118.

<sup>27</sup> Arts. 33 e 51 da Carta da Organização das Nações Unidas.

<sup>28</sup> SWINARSKI, Christophe. Direito internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana: principais noções e institutos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 30.



armados, garantir a proteção aos indivíduos ou categorias de indivíduos que não participam ou que já não participam de forma ativa do conflito<sup>29</sup>.

Mello e Swinarski comungam da opinião que o DIH é considerado norma imperativa, norma *jus cogens*, este último chegando a garantir que o DIH é imprescindível à sobrevivência da comunidade internacional<sup>30</sup>.

Tornando-se norma imperativa, é lícito afirmar que, de acordo com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969<sup>31</sup>, torna-se nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. A norma imperativa é “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”<sup>32</sup>.

### 1.3 A SUBSTITUIÇÃO DA DEFINIÇÃO DE “GUERRA” POR “CONFLITO ARMADO”

Ao longo dos séculos, a guerra fez parte do cotidiano de muitos Estados. Atualmente, o mundo está acometido por uma série de conflitos que, pelo aspecto literal de definição, não seriam abrangidos pelos acordos ou tratados internacionais, pois, o conceito de guerra estipulado pelas convenções é bem diferente do que se apresenta na atualidade.

O conceito de guerra é abordado segundo a ótica e variado ponto de vista de cada autor. Porém, o conceito moderno de guerra somente abrangia a luta entre dois Estados.

Segundo Clausewitz, “guerra nada mais é que um duelo em uma escala mais vasta”<sup>33</sup>, ou seja, a imposição da vontade uma parte à outra pelo uso da força. Complementando tal assertiva, o mesmo autor afirma que “a guerra é uma

<sup>29</sup> CHEREM, Mônica Teresa Costa Sousa. Direito Internacional Humanitário, Juruá, 2005. p. 34.

<sup>30</sup> Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos humanos e conflitos armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 146; e SWINARSKI, Christophe. Direito internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana, p. 33.

<sup>31</sup> A Convenção internacional entrou em vigor em 1980.

<sup>32</sup> Art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. O Art. 34 torna o Estado em obrigar-se por um tratado quando for manifesta sua ratificação.

<sup>33</sup> CLAUSEWITZ, Christophe. *Da guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.7.

simples continuação da política por outros meios”<sup>34</sup>. Porém, a partir de uma análise jurídica, o conceito de guerra por Clausewitz tornou-se conflitante com o ordenamento jurídico atual, pois abordava a questão da guerra apenas pelo lado material sem levar em consideração o aspecto formal perante o ordenamento jurídico. O conceito adotado por Clausewitz foi decorrente de uma época em que o recurso à força armada era algo normal e permitida pelo direito nas relações internacionais.

Dinstein, por sua vez afirma que a guerra é “*a interação entre dois ou mais Estados, seja num sentido técnico ou material. A guerra no sentido técnico é o status formal produzido por uma declaração de guerra. A guerra no sentido material é gerada pelo uso da força armada, que deve ser extensiva e realizada por pelo menos uma das partes do conflito*”<sup>35</sup>.

Oppenheim afirma que a guerra é “*a contenda entre dois Estados, por meio de suas forças armadas, com o propósito de sobrepor um ao outro e impor condições de paz apazíveis ao vitorioso*”<sup>36</sup>. Ao relatar que a guerra é a beligerância entre dois Estados, o conceito do autor exclui da abrangência os conflitos armados, e até mesmo, as guerrilhas civis. Da mesma forma, quando cita a utilização de forças armadas ligadas ao Estado, pressupõe que estas são regulares, o que na situação atual nem sempre se encontra esta prática.

Diante da variedade de abordagens, e da incapacidade de produção de um conceito suficientemente abrangente e precioso para o fenômeno, Celso Mello chega a afirmar que a guerra é um “conceito juridicamente indeterminado”<sup>37</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o aumento do número de conflitos em decorrência de processos de descolonização, outro problema terminológico passa a ser enfrentado pelo Direito Internacional Humanitário. Dos 189 conflitos surgidos desde 1945, somente 19 foram classificados por todas as partes como sendo um conflito internacional, ou seja, uma “guerra”<sup>38</sup>. Verifica-se, portanto, que

---

<sup>34</sup> *Idem. Ibidem*

<sup>35</sup> Cf. BORGES, Leonardo Estrela. O Direito Internacional Humanitário. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.12.

<sup>36</sup> *Idem*, p.11.

<sup>37</sup> ACCIOLY, Hildebrando. Tratado de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Saraiva, 1957, v. III, p.92.

<sup>38</sup> Cf. SWINARSKI, Christophe. Introdução ao Direito Internacional Humanitário, Brasília: CICV, 1996. p. 32.

o conceito literal de guerra não abrangia a totalidade de conflitos e as beligerâncias existentes até então.

Portanto, a palavra “guerra” foi substituída pela expressão “conflitos armados”, visto que desta forma, a aplicação normativa dos tratados e acordos poderiam englobar tanto aos conflitos internacionais, como os não internacionais. O resultado disto, além do citado, proporcionou ao Direito Internacional Humanitário alcançar um leque maior de situações para amparar um número maior de pessoas.

Muito embora a possibilidade de conflito existir, a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas obriga os seus signatários a absterem-se do recurso à guerra na resolução das controvérsias internacionais.

Porém, o sentido estrito de guerra na atualidade está, por assim dizer, ultrapassado. Hoje o conceito de guerra pode ser inserido no contexto do “conflito armado internacional”, o qual é mais atual e abrangente, e a aplicabilidade legal em caso de conflito pode ser abrangida pelo Direito de Guerra e pelo DIH.

Situação difusa e peculiar é o “conflito armado não internacional”. Neste caso, a aplicabilidade do Direito se investe do poder da soberania dos Estados em resolver seus problemas internos da melhor maneira que sua sociedade exigir. Todavia, o DIH estará sempre à espreita para ser aplicado.

O DIH é aplicável, principalmente, às vítimas dos conflitos armados, estas consideradas como destinatários imediatos desse sistema de proteção e os Estados como destinatários mediatos das normas.

#### 1.4 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E OS DIREITOS HUMANOS

Direito Humano é um conceito que surgiu recentemente, resultante de um longo processo de amadurecimento de concepções humanitárias, pois o homem foi testemunha e vítima da própria inconsequência. A ocorrência de várias atrocidades à dignidade do ser humano levou os organismos internacionais a elaborarem procedimentos normativos e jurídicos que pudessem evitar ou diminuir

os atos de horror e barbárie nos conflitos armados.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, houve um crescente processo de internacionalização das normas de direitos humanos face aos acontecimentos catastróficos evidenciados pelo Holocausto. Este processo alcança sua plenitude em 1948, com a criação pelas Nações Unidas, e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>39</sup>.

Em 1968, realizou-se em Teerã a 1ª Conferência Mundial dos Direitos Humanos, a qual propiciou o reconhecimento e asserção, e endossados por resoluções subsequentes da ONU, da indivisibilidade de todos os direitos humanos (políticos, civis, econômicos, sociais, culturais, religiosos, etc.) e da observância e gozo universal desses direitos.

A 2ª Conferência, realizada em Viena em 1993, veio a ampliar e consolidar os progressos nessa matéria. No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), o sistema regional de proteção da pessoa humana está presente desde 1969, corporificado na convenção de direitos humanos conhecido como Pacto de São José da Costa Rica.

O surgimento dos Direitos Humanos e todo o aparato normativo que o acompanha, a partir de então, fez nascer um problema em relação ao Direito Internacional Humanitário, qual seja, distinguir a relação existente entre um instituto e outro. Todavia, o próprio objeto de sua aplicação demonstra possuir pontos de ligação com o DIH. Isto gerou várias teorias em torno do assunto, sem, contudo, deixar de lado o grande desejo maior, qual seja, preservar as vidas humanas.

O *Direito das Genes* é uma expressão comumente utilizada na doutrina clássica, sendo sinônima, aos nossos dias, do Direito Internacional (*Intenational Law*) nos países de tradição anglo-saxônica, e do Direito Internacional Público, nos países de tradição romana. Este campo define-se como um conjunto de normas jurídicas pelos quais regem as relações entre os Estados, assim como os demais membros da sociedade internacional, organizações internacionais, igrejas e o próprio indivíduo; este tendendo as ser seu foco principal<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Cf. a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade.

<sup>40</sup> KRIEGER, Celso Amorim.. *Op. cit.*, p. 224.

O Direito Internacional Humanitário, na doutrina clássica, constitui parte integrante do Direito Internacional Público. Doutrinariamente, no âmbito contemporâneo, restou consolidada entre os autores internacionalistas ser uma das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana, sendo as outras duas, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados<sup>41</sup>.

No passado, a visão das três vertentes era compartimentada, em vista das respectivas raízes históricas serem distintas, enquanto o Direito Internacional Humanitário protegia as vítimas civis e militares dos conflitos armados, o direito internacional dos direitos humanos salvaguardava as garantias da ordem social, econômica e cultural em qualquer tempo ou lugar. Por sua vez, o direito internacional dos refugiados, finalmente, buscava o restabelecimento dos direitos humanos mínimos dos indivíduos ao deixarem seus países de origem, por motivos de guerra ou políticos<sup>42</sup>.

Todavia, a distinção entre uma e outra não encontrou eco entre todos os autores doutrinários. Uns compartilhavam da opinião que o Direito Internacional Humanitário e os Direitos Humanos se integravam entre si; outros aceitavam a tese de que estes dois matizes doutrinários não possuíam qualquer vínculo em comum; e por fim, autores que compactuavam da ideia de que estas duas teorias se complementavam entre si. Assim, cabe-nos demonstrar o ponto de vista de cada teoria e tentar levar o entendimento do liame existente entre estas duas vertentes do Direito Internacional.

## 1.5 TEORIAS DA RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

A violação das normas humanitárias são consequências de muitas ações de intervenção e em situações de conflitos armados. A defesa dos direitos do homem é a justificativa para se antepuser em muitas destas intervenções. O Direito Internacional Humanitário e os Direitos Humanos são institutos definidos e

---

<sup>41</sup> TRINDADE, A. A. Cançado. Op. Cit., p. 30-31.

<sup>42</sup> Idem, ibidem.

consolidados e estão presentes nestas ocasiões.

As três teorias doutrinárias que apresentam qualquer vínculo entre os Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário, dependendo da abordagem em que se define a relação existente, são: a teoria integracionista; a teoria separatista; e a teoria complementarista.

### 1.5.1 A Teoria Integracionista

A teoria integracionista tem como característica essencial a afirmação da fusão dos direitos humanos e o direito internacional humanitário, ressaltando que se trata de um único corpo de normas jurídicas, sem distinção de objeto ou finalidade.

Dessa forma, o DIH seria apenas uma espécie do gênero direitos humanos, na medida em que nada mais constituiria do que uma aplicação desse último em uma situação específica, qual seja, durante os conflitos armados. Para a escola integralista, os Direitos Humanos representam a gênese das ideias de proteção à pessoa humana<sup>43</sup>.

Swinarski apresenta ideias desta escola de maneira diferenciada, embora também a denomine integracionista. Para este autor, a escola integracionista considerava que os Direitos Humanos eram parte do Direito Internacional Humanitário como primeira forma de se proteger a pessoa humana; desta maneira, os Direitos Humanos se baseavam em última instância no Direito Internacional Humanitário<sup>44</sup>.

A escola integracionista conclui que o DIH e os Direitos Humanos são institutos vinculados entre si. Celso de Albuquerque Mello é partidário de que estes institutos são de conteúdos inseparáveis.

Considerando que a finalidade máxima dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário é a proteção da pessoa humana, propõe ser o Direito Internacional dos Direitos Humanos um direito único, e a separação do mesmo em ramos

---

<sup>43</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos humanos e conflitos armados. p. 139.

<sup>44</sup> SWINARSKI, Christophe. Direito internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana, p. 88.

distintos acabará por enfraquecê-lo<sup>45</sup>.

Todavia, muitas críticas se insurgem contra esta teoria. Ao se analisar algumas regras de ambos os direitos, verifica-se que a fusão não é um todo uníssono. O Direito de Haia, por exemplo, que rege sobre os métodos de se conduzir em caso de hostilidades, não encontra qualquer referência incluída nas normas dos Direitos Humanos. Além do mais, pelo fato de terem surgido em períodos históricos distintos, possuem princípios e regras próprios.

### 1.5.2 A Teoria Separatista

A teoria separatista, como o próprio nome expressa, adota o princípio da incomunicabilidade de ambas as normas jurídicas, uma vez que apresentam objeto e natureza distintos. Além disto, esta teoria conclui que a união destas teorias poderia levar a uma série de divergências face à aplicação de ambos os sistemas jurídicos.

A escola separatista se fundamenta a ampla divergência existente entre ambas. O Direito Internacional Humanitário advém das consequências da guerra, enquanto que os Direitos Humanos existem para a normatização da paz. Além disso, de forma mais enfática, a escola separatista ainda esclarece que a tentativa de reunião destes diferentes ordenamentos pode mesmo ser prejudicial à proteção dos indivíduos, eis que têm naturezas diversas e são absolutamente incompatíveis<sup>46</sup>.

Os defensores desta teoria argumentam que as normas de direitos humanos se pautam pela defesa do indivíduo contra o próprio Estado, ou seja, contra as arbitrariedades da própria ordem jurídica interna, ao contrário do DIH, que surge e se desenvolve com a finalidade de salvaguardar o indivíduo em situações em que a própria ordem interna já não pode mais protegê-lo de maneira eficaz, isto é, em uma situação de conflito armado<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> MELLO, C. D. A. *Op. Cit.*, p. 142.

<sup>46</sup> SWINARSKI, Christophe. *Direito internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana*. p.88

<sup>47</sup> Ver BORGES, Leonardo Estrela. *O Direito Internacional Humanitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 37.

### 1.5.3A Teoria Complementarista

A teoria complementarista baseia-se no fato de que, apesar do Direito Internacional Humanitário e os Direitos Humanos apresentarem fundamentos jurídicos distintos entre si, ou seja, são dois sistemas jurídicos diferentes, apresentam complementaridade entre si, pois ambos os institutos estão orientados para um mesmo princípio, o da proteção da pessoa humana.

Swinarski filia-se a esta teoria, e que, de acordo com Mello, é hoje a mais aceita na esfera doutrinária. Essa escola não desconhece as particularidades que diferenciam os Direitos Humanos do Direito Humanitário, como, por exemplo, a aplicabilidade temporal diferenciada, mas também não ignora que ambos os ordenamentos almejam o mesmo fim<sup>48</sup>.

Enquanto o DIH regulamenta as relações entre o Estado e os indivíduos do Estado inimigo, os Direitos Humanos se voltam para a relação entre o Estado e seus próprios súditos. Isso faz que os sistemas sejam distintos, porém complementares em razão de objetivos e princípios comuns, como o princípio da inalienabilidade e o princípio da não discriminação em função da cor, religião, sexo, etc<sup>49</sup>.

O que se conclui é que a escola complementarista vê os dois ordenamentos de forma complementares, não excludente nem unificadora, estando lado a lado na tarefa de proporcionar instrumentos específicos à proteção da pessoa humana<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> *Idem*, p. 141

<sup>49</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>50</sup> *Idem*, *ibidem*.



## 2 AS BASES DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

As profundas raízes do Direito Humanitário Internacional ou Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) estão junto aos autores do Direito Internacional Público clássico. Apesar da origem, é uma disciplina autônoma, emergente, e em pleno desenvolvimento, com objeto de estudo próprio, limitado e exato. É um ramo do Direito Internacional, pois recepciona diversos princípios e regras clássicas, nem por isto deve ser confundido com ele. Ademais, deve igualmente possuir princípios que o definem e caracterizam, uma vez que estes representam o arcabouço valorativo que deverá nortear toda e qualquer interpretação de suas regras jurídicas<sup>51</sup>.

À medida que os Estados implantam os princípios das convenções, protocolos e seus regulamentos, o DIH se consolida como um conjunto de regras jurídicas, capazes de orientar e nortear toda e qualquer interpretação de normas e procedimentos da sociedade internacional perante os conflitos. Seus princípios são os pilares para o trabalho empreendido especialmente pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha e para o Tribunal Penal Internacional, considerado como o viés definitivo de seu completo disciplinamento.

### 2.1 O OBJETO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

A trajetória do conhecimento do Direito Internacional Humanitário iniciou-se com o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, por intermédio da Convenção de Genebra de 1864, quando ali foram formados os conhecimentos basilares, e que, após a criação da Organização das Nações Unidas, seus princípios foram cada vez mais sendo aperfeiçoados e utilizados para o disciplinamento e normatização das ações em conflitos armados de qualquer natureza.

O Direito Internacional Humanitário Internacional leva em conta o ser humano, sua integridade física e mental, bem como o bem maior a ser protegido durante um conflito armado e fora dele, individualizando-o na condição de combatente, prisioneiro de guerra, chefe militar ou político e os civis de modo

---

<sup>51</sup> BORGES, Leonardo Estrela. *O Direito Internacional Humanitário*, Curitiba: Juruá, 2004. p. 15.

geral, cabendo ou não a responsabilidade penal individual a cada um dos envolvidos nos fatos analisados à luz do DIH<sup>52</sup>.

A grande questão em torno do DIH é a conciliação dos objetivos e interesses militares em um conflito com a proteção do indivíduo, da pessoa humana. A conjugação de interesses entre a necessidade militar e os objetivos humanitários impõe a regulamentação de limites ao aparato bélico a ser utilizado pelos Estados sem, contudo, impedir que seja exercido o direito legítimo de utilização deste poder. O DIH não pretende interferir na autonomia de um Estado, visto que são soberanos.

Pretende, porém, reduzir as agruras de uma situação de beligerância bélica<sup>53</sup>.

Na observação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o Direito Internacional Humanitário é aplicado aos conflitos armados de índole internacional e deverão ser especialmente destinados à solução de problemas de índole humanitária que derivam diretamente dos conflitos armados, e limitam, por razões humanitárias, o direito das partes no conflito a utilizarem os métodos e os meios de fazer a guerra. Além disto, tem a destinação de proteger as pessoas e os bens afetados ou que puderem ver-se afetados pelo conflito.

Os recentes esforços da sociedade internacional pela manutenção da paz não demonstraram capacidade de erradicar os conflitos da face da terra. A natureza humana caminha lado a lado com a guerra. Todavia, a criação de um aparato normativo e jurídico propiciou a diminuição de seus perversos efeitos.

A implantação e consolidação de todo o seu aparato normativo e jurídico consubstancia-se na questão primordial, o objeto do DIH. A vida é o maior bem da humanidade e por isso deve ser protegido. O ordenamento jurídico estabelecido e criado com o DIH tem como finalidade limitar os meios e métodos passíveis de serem utilizados em uma situação de beligerância armada.

A controvérsia entre a proteção do direito e a guerra ou conflito armado reside no fato de que, com o avanço tecnológico, a armas estão cada vez mais

---

<sup>52</sup> Cf. SWINARSKI, Christophe. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>53</sup> O *jus ad bellum*, ou direito à guerra, manifesta-se nas normas de Direito Internacional que limitam o uso da força pelos Estados e que obrigam a resolver suas controvérsias de maneira pacífica, notadamente pela Carta das Nações Unidas.

ofensivas e devastadoras, expondo a população envolvida a um sofrimento sem precedentes. Notório e imprescindível, o DIH apresenta-se como um instrumento a ser utilizado para impedir que as pessoas sejam expostas a um sofrimento desnecessário e desumano ainda maior. Todavia, seu escopo jurídico deverá acompanhar os avanços da sociedade moderna.

Neste contexto e de uma forma mais restrita, o objeto do DIH é a salvaguarda da própria vida dos indivíduos em confrontos decorrentes de conflitos bélicos. Em um sentido mais amplo, o objeto significa salvaguardar a própria existência humana.

Assim, o DIH volta-se à necessidade de ir à busca da superação dos perigos e das consequências dos conflitos bélicos. Para isso, tenta também buscar equilíbrio entre os interesses do poder – sua conquista e manutenção – ocupando-se também em “civilizar a guerra, ou pelo menos, diminuir seus efeitos excessivos, inúteis e colaterais”<sup>54</sup>.

## 2.2 AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

As fontes deste ramo do direito encontram-se reconhecidas pela doutrina do Direito Internacional Público no Art. 38º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ). São elas de duas naturezas distintas: de um lado, fundamental, racional ou objetivo, constituído pelos princípios gerais do direito e, de outro, formal, positivo, baseando-se nos tratados e nos costumes<sup>55</sup>.

Apesar de a doutrina estabelecer uma relativa importância entre as fontes, classificando-as em fontes principais (os costumes, os tratados e os princípios gerais de direito) e fontes subsidiárias (a jurisprudência e a doutrina), não existe hierarquia entre as fontes de Direito Internacional Público.

Para fins metodológicos, parte-se da análise das fontes de Direito Internacional Público, descritas no Art. 38º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que veio a reproduzir o que já continha o Estatuto da Corte Permanente de Haia. As fontes são assim enumeradas:

---

<sup>54</sup> KRIEGER, Celso Amorim. *O Direito Internacional Humanitário*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 202.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 228.

Art. 38º A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhes forem submetidas, aplicará:

- as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- os princípios gerais de direito, reconhecidas pelas nações civilizadas;
- sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas 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*<sup>56</sup>, se as partes com isto concordarem.

Em referência ao art. 59 da Corte Internacional de Justiça, este artigo determina que a decisão da Corte Internacional de Justiça fica limitada ao caso em questão e é obrigatória tão-somente entre as partes. Os precedentes e a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, como também de outras cortes internacionais e nacionais, são de imensa importância em possíveis fundamentos nos julgamentos daquela.

Todavia, há uma distinção entre as fontes no DIH, assim como nas demais áreas do Direito, ou seja, a distinção entre fontes formais e materiais. André Franco Montoro assim distingue as diferenças entre as categorias:

Os autores costumam distinguir as fontes formais, isto é, os fatos que dão a uma regra o caráter de direito positivo e obrigatório, das fontes materiais, representadas pelos elementos que concorrem para a formação do conteúdo ou matéria da norma jurídica<sup>57</sup>.

As fontes materiais do Direito são os *“fatos sociais, pelos problemas que emergem na sociedade e que são condicionados pelos fatores do Direito, como a Moral, a Economia, a Geografia, etc.”*<sup>58</sup>.

A sociedade fornece ao legislador os elementos indispensáveis para a formação do ordenamento jurídico. São os fenômenos sociais e as informações

<sup>56</sup> *ex aequo et bono* - Segundo a equidade e o bem.

<sup>57</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 22 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 323.

<sup>58</sup> NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 15ª ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 166.

extraídas da realidade social que dão conteúdo e matéria para a regra jurídica positivada, que por sua vez é fonte formal de Direito. Afirma-se, então, que as fontes formais são concretizadas através das fontes materiais. No caso do DIH estas são os acontecimentos que envolvem a sociedade internacional em tempo de guerra que fundamentam a formalização de regras de conduta quando em situações de conflito<sup>59</sup>.

Já as fontes formais, entendidas como “*os meios ou as formas pelos quais o Direito Positivo se apresenta na História, ou os meios pelos quais o Direito Positivo pode ser conhecido*”<sup>60</sup>, são desta forma a materialização de fatos que dão ao Direito o caráter impositivo e obrigatório. As fontes formais do DIH são os tratados internacionais, o costume, a doutrina, a jurisprudência e os princípios gerais de direito dos povos civilizados.

Não sendo a sociedade internacional conduzida por um poder centralizador, o costume se constitui como fonte universal do DIP<sup>61</sup>. Conseqüentemente, também seria fonte indispensável ao DIH, sem esquecer que foi o costume que deu origem ao conjunto de normas hoje concebidas e divulgadas, “*as principais normas do direito internacional da guerra adquiriram um caráter consuetudinário que lhes confere um título independente e separado de vigência*”<sup>62</sup>.

Com relação aos costumes, porém, existem vários entendimentos, face ao expressivo número de Estados que formam a sociedade internacional. Ainda que muitas normas de combate sejam semelhantes, existirá dificuldade de se chegar a um parâmetro uniforme de entendimento. Os costumes são pertinentes a cada povo e seu entendimento no plano internacional estará sempre sujeito às controvérsias de interpretação, pois existem inúmeras diferenças religiosas, políticas, culturais e étnicas.

A importância do costume para o Direito Internacional é ressaltada também por Franco Montoro:

*No Direito Internacional as normas costumeiras têm maior*

---

<sup>59</sup> CHEREM, Mônica Teresa Costa Sousa. *Direito Internacional Humanitário*, p. 54.

<sup>60</sup> GUSMÃO. Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 21ª Ed. Ver. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 100.

<sup>61</sup> NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 15ª ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 166.

<sup>62</sup> SWINARSKI, Christophe. *Direito internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana*, p. 23.

*importância, determinada pela inexistência de um Estado mundial capaz de legislar.*

A jurisprudência também é fonte material do DIH. Definida como o conjunto uniforme e estável das decisões judiciais sobre acontecimentos similares, deve se lembrar de que para se considerar a decisão judicial como fonte de Direito, esta não deve ser uma decisão única<sup>63</sup>. As decisões advindas das Cortes Internacionais, bem como de tribunais internos, são fontes de desenvolvimento e progresso para o DIH, embora não tenham força vinculante ante os tribunais internos.

A obra de juristas, outra fonte material, ganha importância junto ao DIH, uma vez que este desenvolve uma importante doutrina auxiliar, que Swinarski denomina “doutrina do CICV”. São regras que o CICV elabora a fim de intensificar a ação humanitária, bem como dar coerência a essa atuação. Além disso, essas regras posteriormente podem servir como fundamento às normas que os Estados tomam por obrigatórias, através de sua inclusão nos tratados<sup>64</sup>.

Por fim, os tratados são as fontes principais do Direito Internacional Humanitário. Até pouco tempo atrás, o que existia em relação às normas Humanitárias eram os tratados bilaterais. Com o desenvolvimento das regras humanitárias no final do séc. XIX e a universalização dos instrumentos, os tratados internacionais tornaram-se fonte primordial das normas humanitárias.

Os tratados humanitários estão vinculados à grande maioria de países do mundo. Cento e noventa e oito países ratificaram as Convenções de Genebra de 1949; cento e sessenta o fizeram em relação ao I Protocolo adicional de 1977 e cento e dezenove em relação ao II Protocolo<sup>65</sup>.

Quanto às fontes do Direito Internacional Humanitário, além das especificadas, existem as fontes subsidiárias do Direito Internacional Público que estão inclusas na interpretação subsidiária do art. 38 da Corte Internacional de Justiça.

---

<sup>63</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>64</sup> SWINARSKI, Christophe. *Direito internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana*, p. 24.

<sup>65</sup> Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1998.

## 2.3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Os princípios do Direito Internacional Humanitário não são derivados de uma fonte distinta do direito internacional, mas têm sua origem em tratados, costumes ou princípios gerais do direito<sup>66</sup>.

Os dois objetivos essenciais do DIH, quais sejam: proteger aqueles que não participam (por exemplo, os civis) ou que estão impossibilitados de participar (por exemplo, os prisioneiros de guerra, enfermos, feridos, etc.) de conflitos armados; e limitar o uso da violência ao que seja necessário para se atingir o resultado desejado com o conflito. Destacam-se três princípios como de fundamental importância para a consecução desses objetivos: o princípio da humanidade, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade<sup>67</sup>.

Os princípios do DIH diferem dos princípios gerais do direito, que podem ser utilizados pelo julgador para solucionar casos não previstos no ordenamento jurídico interno. Não são princípios do direito natural nem consequência da equidade. São princípios de povos que possuem determinadas afinidades, que têm ordenamentos jurídicos semelhantes<sup>68</sup>. De acordo com Gusmão, esses princípios são aplicados no Direito Internacional:

Ditos princípios aplicam-se no caso de lacunas do direito internacional, ou seja, quando inexistir tratado ou costume internacional, ou ainda, quando inexistir jurisprudência da Corte Internacional de Justiça para solucionar uma questão internacional. Por isso, esses princípios são fontes subsidiárias do direito internacional. Facilitam a interpretação dos tratados.

De todos esses princípios, dois são fundamentais: **consuetudo est servanda**, que obriga os países a observarem os costumes internacionais, e **pacta sunt servanda**, que obriga a observarem os tratados internacionais<sup>69</sup>.

Para se iniciar a análise dos princípios do DIH é imprescindível iniciar-se pelo Art. 3º das quatro Convenções de Genebra de 1949. Este artigo contempla em seu escopo alguns dos princípios básicos (humanidade, não discriminação, distinção, por exemplo):

---

<sup>66</sup> Estabelecida no Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que dispõe sobre as fontes do direito internacional.

<sup>67</sup> GUSMÃO. Paulo Dourado de, *Introdução ao estudo do direito*, p. 32.

<sup>68</sup> BORGES, Leonardo Estrela. *O Direito Internacional Humanitário*, p. 15.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

[...]

Em caso de conflito armado que não apresente um carácter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada a aplicar, pelo menos, as seguintes disposições:

1) As pessoas que **não tomem parte diretamente** nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimento, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com **humanidade, sem nenhuma distinção** de carácter desfavorável, baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.<sup>70</sup>

[...] .

### 2.3.1 Princípio da Humanidade

Em todos os textos referentes ao Direito Internacional Humanitário se manteve o princípio da humanidade. O princípio da humanidade é aquele que se torna base de toda a construção normativa do DIH, pois mesmo em situações de beligerância, deve-se buscar a preservação da dignidade da pessoa humana. Um dos exemplos da constante presença desse princípio é a “Cláusula de Martens”<sup>71</sup>.

Presente na IV Convenção de Haia de 1907, como preâmbulo, a Cláusula de Martens esclarece que, na ausência de regras específicas de direito ou nas situações não previstas aptas a contornar conflitos, "as populações e os beligerantes permanecem sob a garantia e o regime dos princípios do Direito das Gentes preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública"<sup>72</sup>.

Pela importância de seu conteúdo, a Cláusula de Martins, entendida como norma proveniente do Direito Internacional Consuetudinário, demonstra, diante da complexidade da sociedade internacional e das normas da guerra, em caso de lacuna do direito positivo, um caminho a ser trilhado para fins de proteção do ser humano junto ao Direito Internacional Humanitário, pois esse direito não é limitado apenas aos tratados e convenções, uma vez a ação que não é expressamente

<sup>70</sup> Art. 3 das I,II,III e IV Convenções de Genebra de 1949. O grifo é nosso.

<sup>71</sup> Frederic de Martens foi o delegado russo junto às Conferências de Paz de Haia, em 1899, que introduziu no preâmbulo da Convenção o respeito ao Direito e aos Costumes de Guerra Terrestres.

<sup>72</sup> Posteriormente, o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (Protocolo I), reafirmou esta cláusula e seu Art. 1º, 2º e na "Convenção das Nações Unidas sobre armas clássicas" de 1980.



proibida por tratados não é necessariamente permitida<sup>73</sup>.

O respeito à dignidade humana é de suprema importância entre os princípios gerais do Direito Internacional Humanitário, não cabendo a invocação do princípio *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei) em defesa daquele que, por ventura, cometa delitos que tenham atacado o âmago da dignidade humana<sup>74</sup>.

De acordo com o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o fim do princípio da humanidade é a busca indistinta, sem separação da nacionalidade, raça, credo, religioso, classe social ou opinião política, e, em todas as circunstâncias – na paz ou na guerra – deve-se evitar e aliviar o sofrimento humano, através da proteção à vida e à saúde, além de se respeitar o ser humano em sua totalidade. Este princípio sugere que todo o trabalho realizado por instituições humanitárias deva ser independente de qualquer reserva, que não seja humanitária<sup>75</sup>.

### 2.3.2 Princípio da Necessidade

Entende-se por necessidade a limitação da ação militar, a determinados objetivos, que serão de natureza puramente militar, podendo ser bases militares, ou bases mistas, infraestrutura de um determinado Estado, sendo codificada através do art. 57, Inc. III, do I Protocolo Adicional<sup>76</sup>.

Para ser considerado um objetivo militar, ele deve reunir duas características: contribuir efetivamente para a ação militar de uma parte em conflito; e sua destruição, sua captura ou neutralização deve oferecer uma vantagem militar precisa à outra parte<sup>77</sup>.

Segundo o art. 57<sup>o</sup>, III, do Protocolo I, quando for possível escolher entre vários objetivos militares para se obter uma vantagem militar equivalente, a<sup>78</sup> escolha deverá recair sobre o objetivo cujo ataque seja suscetível de apresentar o menor perigo para as pessoas civis ou para os bens de caráter civil.

---

<sup>73</sup> KRIEGER, Celso Amorim. *O Direito Internacional Humanitário*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 245.

<sup>74</sup> *Idem* .p. 246.

<sup>75</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>76</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>77</sup> BORGES, Leonardo Estrela. *O Direito Internacional Humanitário*, Curitiba: Juruá, 2004. p. 19.

<sup>78</sup> *Idem, ibidem*.

Os objetivos militares, como já foi afirmado, são de natureza puramente militar ou misto, em que, à primeira vista, possa parecer de fácil distinção, mas nos conflitos contemporâneos é de grande dificuldade sua classificação exata. Conduzindo-se hostilidades armadas, a definição dos objetivos militares é crucial, pois toda a legalidade de uma operação militar pode estar na prova dos alvos escolhidos<sup>79</sup>.

O art. 52º, inc. II, do I Protocolo Adicional, assim dispõe:

[...]

Os ataques devem ser estritamente limitados aos objetivos militares. No que respeita aos bens, os objetivos militares são limitados aos que, pela sua natureza, localização, destino ou utilização contribuam efetivamente para a ação militar e cuja destruição total ou parcial, captura ou neutralização ofereça, na ocorrência, uma vantagem militar precisa.

Uma vez que o princípio da necessidade determina que os ataques dos beligerantes devem ater-se a uma finalidade militar específica, sua aplicação tem de ser feita, portanto, de maneira restritiva. Entretanto, “tendo em vista as exigências vitais de qualquer parte em conflito, para a defesa de seu território nacional contra a invasão”, são permitidas derrogações a essa proibição “se as necessidades militares assim o exigirem”<sup>80</sup>.

Contudo, face ao princípio da humanidade, a aplicação da excepcionalidade só poderá ocorrer em casos expressamente previstos, devendo-se ainda, estarem balizados pelo que preconiza o princípio da proporcionalidade.

O princípio da necessidade foi verificado em muitas situações, na Guerra do Golfo Pérsico (1991) quando da invasão do Kuwait pelo Iraque, por exemplo, nos relatórios do ministério da defesa norte-americano, o qual descreve que os ataques aéreos eram dirigidos a objetivos militares e, em caso de dúvida da tripulação, quando presumiam haver possibilidade de ataque em áreas contendo população civil, deveriam bombardear alvos alternativos, anteriormente delineados ou retornar à base com seus armamentos.

Outro ponto relatado junto ao Congresso norte-americano foi o não ataque

---

<sup>79</sup> KRIEGER, Celso Amorim. *O Direito Internacional Humanitário*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 246.

<sup>80</sup> Art. 54, Inc. 5, do Protocolo I.

a alvos militares com caças, num caso em que dois estavam estacionados junto ao Templo de Ur, justificando que, apesar de o direito dos conflitos permitirem este feito, não haveria necessidade, pois o local, além de ser protegido como patrimônio cultural, não havia pistas nem serviços em suas cercanias, efetivamente os tornava fora de serviço, somado ao risco de destruição daquele bem cultural<sup>81</sup>.

Uma ponte ou uma autoestrada é vital ao dia-dia da população civil e à efetivação de negócios. Por outro lado, também são cruciais ao tráfego militar, ou ao suporte do esforço de guerra de uma nação. Por esta razão, a destruição de uma ponte, aeroporto, ou porto marítimo, ou a interdição de uma autoestrada será de grande importância para diminuir a capacidade de mobilização da outra parte<sup>82</sup>.

Neste caso, é conveniente ressaltar a não participação dos Estados Unidos e do Iraque no Protocolo Adicional I de 1977. Logo, este protocolo não estaria em efeito entre as partes conflitantes. Porém, o princípio da necessidade foi aplicado pelos norte-americanos ao deixar de executar um ataque que, pelos resultados que seriam obtidos, não se justificaria a necessidade de tal ação.

### 2.3.3 Princípio da Proporcionalidade

Já é notório que, em qualquer conflito armado, o direito das partes em conflito de escolher os meios e os métodos de guerra não é ilimitado<sup>83</sup>. Assim, de acordo com o princípio da proporcionalidade, nenhum alvo, mesmo que militar, deve ser atacado se os prejuízos e sofrimentos forem maiores que os ganhos militares a que se espera.

Na realidade de um conflito armado, e devido a todo o envolvimento de situações de combate, torna-se difícil para qualquer das partes mensurarem as vantagens de um ataque face aos prejuízos e sofrimentos que poderão advir da ação.

Todavia, quando for possível a escolha entre vários objetivos militares que proporcionem vantagem militar equivalente, a escolha deverá recair sobre o

---

<sup>81</sup> KRIEGER, Celso Amorim. *O Direito Internacional Humanitário*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 248.

<sup>82</sup> *Idem, Ibidem*.

<sup>83</sup> Cf. Art. 35, I, do Protocolo I.

objetivo cujo ataque parece representar o menor perigo para os civis ou para os bens de caráter civil<sup>84</sup>.

O I Protocolo adicional de 1977 elenca, pelo menos em dois artigos, exemplos concretos do que seria este princípio. O art. 51 trata especificadamente da proteção à população civil, condenando ataques armados, represálias, atos e ameaças de violência que tenham por interesse espalhar o terror entre os civis. Já o art. 57 trata das precauções que devem ser tomadas pelas forças armadas ao atacarem alvos, proibindo-se novamente ataques aos civis<sup>85</sup>.

A identificação deste princípio, com a proibição de ataques à população civil, é decorrente do entendimento de que os civis, estando desarmados, não podem responder a qualquer ataque militar. Portanto, não se justifica essa agressão em função das necessidades militares. Um ataque à população civil, vindo principalmente de um exército organizado, seria desproporcional em qualquer hipótese<sup>86</sup>.

Soma-se a isto, o fato de que um ataque à população civil desprotegida e submissa seria um ato de tamanha selvageria e falta de humanidade. A repercussão de tal brutalidade, deveras desproporcional, atingiria de imediato a mídia internacional, levando os organismos internacionais a se manifestarem diante da ação totalmente condenável.

#### 2.3.4 Princípio da Distinção

O princípio inicialmente delimitado pela Convenção de São Petersburgo, e confirmado sucessivamente nos tratados e convenções de DIH, é o da distinção. Por este princípio, deve-se fazer uma clara distinção entre combatentes e não combatentes.

O princípio da distinção está inserido no Protocolo adicional I de 1977, pelo art. 48º, que estipula o tema “*de forma a assegurar o respeito e a proteção da população civil e dos bens de caráter civil, as Partes no conflito devem sempre fazer a distinção entre população civil e combatentes, assim como entre bens de*

---

<sup>84</sup> Art. 57, 3, do Protocolo I.

<sup>85</sup> CHEREM, Mônica Teresa Costa Sousa. *Direito Internacional Humanitário*, p. 63.

<sup>86</sup> *Idem, Ibidem*.

*caráter civil e objetivos militares, devendo, portanto, dirigir as suas operações unicamente contra objetivos militares”.*

A distinção é específica entre civis e combatentes. Um dos grandes desafios do Direito Internacional Humanitário é prestar a efetiva proteção aos considerados não combatentes, visto que, em uma situação de conflito armado, são as maiores vítimas.

Os envolvidos em conflitos armados devem distinguir entre os combatentes e a população civil. Os combatentes, também, devem ser distintos da população civil para que seus inimigos possam diferenciá-los dos civis que não estão envolvidos no conflito e que não devem ser atacados, nem participar diretamente das hostilidades.

Pode-se inferir que, a proibição de ataques à população civil feita pelas quatro Convenções de Genebra de 1949, é um reflexo do princípio da distinção<sup>87</sup>.

### 2.3.5A Independência entre o *Jus ad Bellum* e *Jus in Bello*

O Preâmbulo do Protocolo adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais, apresenta uma separação entre os dois princípios, quando assim dispõe:

As Altas Partes Contratantes:

Lembrando que todo o Estado tem o dever, à luz da Carta das Nações Unidas, de se abster nas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao emprego da força contra a soberania, integridade territorial, ou independência política de qualquer Estado, ou a qualquer outra forma incompatível com os objetivos das Nações Unidas;

Julgando, no entanto, necessário reafirmar e desenvolver as disposições que protegem as vítimas de conflitos armados e completar as medidas adequadas ao reforço de sua aplicação;

Exprimindo a sua convicção de que nenhuma disposição do presente Protocolo ou das Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 poderá ser interpretada como legitimando ou autorizando qualquer ato de agressão, ou de emprego da força incompatível com a Carta das Nações Unidas;

Reafirmando, ainda, que as disposições das Convenções de

---

<sup>87</sup> CHEREM, Mônica Teresa Costa Sousa. *Direito Internacional Humanitário*, Curitiba: Juruá, 2002. p. 62.

Genebra de 12 de agosto de 1949 e do presente Protocolo deverão ser plenamente aplicadas, em qualquer circunstância, a todas as pessoas protegidas por estes instrumentos, sem qualquer discriminação baseada na natureza ou origem do conflito armado ou nas causas defendidas pelas partes no conflito ou a elas atribuídas (...).

Os Estados têm o direito de fazer a guerra com estritas condições, entendendo-se ser o *jus ad bellum* a legalidade do uso da força, e o *jus in bello*, as normas que dizem respeito às operações bélicas<sup>88</sup>.

Celso de Albuquerque Mello sugere em complemento ao entendimento atual do princípio *jus in bello*:

(...) com a renúncia do uso da força nas relações internacionais (Pacto Briand- Kellog de 1928 e a Carta da Organização das Nações Unidas) para citar-se apenas o primeiro grande texto internacional e o mais importante tratado vigente sobre esta matéria, os Estados perderam o ***Jus ad Bellum*** para iniciarem uma guerra, mas conservam quando se trata de uma guerra no exercício da legítima defesa<sup>89</sup>.

Por esta razão, justifica Celso de Mello,

(...) o monopólio do uso da força armada atualmente é da ONU e neste caso não se utiliza a palavra guerra. Tem-se usado diferentes expressões como "ação de polícia"<sup>90</sup>, ou a de "operações de paz", sendo esta última a mais consagrada.

Quanto ao *Jus in Bello*, entende o autor ser este a regulamentação da guerra em si. Para Celso de Albuquerque Mello:

(...) são as normas que regulam a conduta dos beligerantes na guerra. Ele é o direito aplicado no estado de guerra. A sua origem é costumeira.

(...) Talvez o primeiro ato de direito positivo tenha sido a Declaração de Paris sobre guerra marítima de 1856. No plano interno parece que foi a Instrução<sup>91</sup> elaborada por Francis Lieber a pedido de Abraham

<sup>88</sup> KRIEGER, Celso Amorim. *O Direito Internacional Humanitário*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 257.

<sup>89</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. *Op. Cit.*, p. 118.

<sup>90</sup> *Idem*, p. 118-119.

<sup>91</sup> Francis Lieber fora imigrante prussiano que chegou aos Estados Unidos em 1827, fugindo de perseguições políticas na antiga Prússia, tendo lutado contra as forças napoleônica em Waterloo e lutado na Guerra da Independência da Grécia. Em 1857 foi indicado professor de História Moderna, Ciência Política e Direito Internacional, Romano-germânico e *common law* junto ao Colúmbia College

Lincoln durante a Guerra de Secessão<sup>92</sup>.

Portanto, verifica-se a independência entre o *Jus ad Bellum* e o *Jus in Bello*. Já tendo sido os conceitos analisados, apenas se reforça o entendimento quanto à excepcionalidade do *Jus ad Bellum* (os Estados somente teriam direito à guerra em caso de defesa própria ou coletiva) e a concretização do *Jus in Bello* (em havendo conflito armado, os meios de ser levar adiante o conflito estão determinados por regras de direito, o Direito de Guerra).

---

(atual Columbia University).

<sup>92</sup> *Idem*, p. 119.

### 3. *JUS AD BELLUM* E O DIREITO A AUTODEFESA

O princípio dos *Jus ad Bellum* diz referência ao direito de determinado Estado soberano de realizar a guerra nas circunstâncias consideradas justas por esse Estado<sup>93</sup>.

Para alguns autores (DAVID, 2003; BYMAN, 2006; KLEIN, 2006; COHEN; CENTURY, 2008), a utilização do assassinato seletivo como tática de contraterrorismo seria justificável com fundamentos nos *jus ad bellum*, em razão do fato que o uso desse *modus operandi* seria uma maneira eficiente de expressão da soberania nacional dos Estados Unidos da América de realizar a projeção de poder militar.

De acordo com Friede:

(...) A soberania nacional deve ser necessariamente reconhecida pela comunidade internacional, permitindo a plena realização dos objetivos nacionais, através de uma efetiva política nacional, o que, na maioria dos casos, em termos práticos, somente e possível através da projeção do poder perceptível do Estado em suas diversas variáveis (econômica, política, psicossocial e, sobretudo, militar).<sup>94</sup>

Entretanto, essa compreensão estadunidense do direito a recorrer a agressão armada, tal como mecanismo de autodefesa, vem sendo constantemente questionada com base no afastamento dos *Jus ad Bellum* no ordenamento jurídico internacional por causa do parágrafo quarto do artigo segundo da Carta da Organização das Nações Unidas<sup>95</sup>:

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.

<sup>93</sup> REZEK, J. F. Direito internacional publico. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 76.

<sup>94</sup> FRIEDE, R. Ciência política e teoria geral do Estado. São Paulo: Forense Universitária, 2011, p. 385.

<sup>95</sup> BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Brasília, DF. Presidência da República, 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/dl9841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/dl9841.htm)>. Acesso em: 24 mai. 2016.



Ao contrário do Pacto Briand-Kellog de 1928, que repudiava somente a guerra como maneira de resolução de conflitos entre Estados e estabelecia a renúncia a guerra como forma de consecução de objetivos políticos nacionais, a Carta das Nações Unidas proscreveu toda e qualquer forma de efetiva agressão armada ou de ameaça de agressão armada, incluindo a guerra (ACCIOLY; SILVA, 1996; RANGEL, 2002; REZEK, 2002; SHIRYAEV, 2007).

No entanto, a própria ONU reconhece exceções à proibição do uso da força no âmbito das relações internacionais em casos de:

1) guerra de libertação nacional visando a garantia do direito de autodeterminação dos povos <sup>96</sup>.

2) uso da força para garantir o cumprimento de resolução do Conselho de Segurança da ONU (artigo 42 da Carta das Nações Unidas (BRASIL, 1945)); e.

3) autodefesa individual ou coletiva (artigo 51 da Carta das Nações Unidas (BRASIL, 1945)).

Ronzitti (1985, citado por SHIRYAEV, 2007, p. 86, tradução nossa) apresenta as condições mínimas que um país precisa necessariamente realizar para que a ação de autodefesa esteja dentro da similitude com o direito internacional:

1) a intervenção não deve tornar-se uma ação punitiva ou uma represália, 2) precisa ocorrer "falha ou incapacidade" da soberania local a fim de permitir a proteção necessária, 3) a intervenção precisa ser limitada no tempo e no espaço (o país não deve protelar a sua presença dentro do território estrangeiro), 4) a agressão contra os cidadãos do Estado "atingido" precisa ser "arbitrária", ou seja e, injustificada e em oposição à regra da norma mínima aplicável aos estrangeiros, 5) não há nenhuma forma com o objetivo de libertar os cidadãos por maneiras menos agressivas (a título de exemplo, negociações pacíficas ou outra permissão do Estado na qual se pretende intervir), e 6) determinado Estado não pode socorrer-se a ação armada ao mesmo tempo em que se aguarda um processo judicial internacional destinado a solução pacífica da controvérsia.

Tradicionalmente, os EUA tem invocado o instituto de legítima autodefesa, com base no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, a fim de sustentar as suas operações de contraterrorismo de modo geral e de eliminação seletivo em particular

---

<sup>96</sup> Organização DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resolução 2.105, de 20 de dezembro de 1965. Nova Iorque: ONU, 1965. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/218/68/IMG/NR021868.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 21 set. 2016.

(DAVID, 2003; LUFT, 2003; KRETZMER, 2005).

Não há, no entanto, consonância quanto à legalidade do uso da força, justificada em termos de legítima defesa preventiva, em razão desse instituto, ao contrário da legítima defesa em resposta a uma agressão armada efetiva, que teria previsão expressa no Direito Internacional Público (ACCIOLY; SILVA, 1996; RANGEL, 2002; REZEK, 2002; VELLOSO, 2003).

Shiryayev<sup>97</sup> afirma que há duas escolas de ponto de vista a respeito da legalidade da autodefesa antecipatória por parte de um Estado soberano nos termos do artigo 51 da Carta da ONU. A primeira escola de pensamento afirma que a correta interpretação da Carta da ONU leva a proibição da autodefesa antecipatória.

Por outro lado, no entender da segunda teoria de pensamento, a autodefesa antecipatória seria permitida e se basearia na frustração da própria ONU em proporcionar a segurança coletiva no período após a Segunda Guerra Mundial.

### 3.1 A AUTODEFESA ANTECIPATÓRIA

A autodefesa antecipatória pode ser de três tipos: interceptivo, preemptivo e preventivo<sup>98</sup>.

#### 3.1.1 Interceptivo

O tipo interceptivo de autodefesa se alude a retaliação a um ataque que já esteja em decurso com intenção de evitar que ele seja bem sucedido. Nessa situação, desde que respeitados os princípios da necessidade, da proporcionalidade e da ausência de alternativas, a utilização da força é justificado nos termos da Carta da ONU visto que o Estado que gera a autodefesa interceptiva já este sendo alvo de agressão (SHIRYAEV, 2007).

#### 3.1.2 Preemptivo

Por sua feita, a qualidade preemptivo de autodefesa faz referência a um

---

<sup>97</sup> SHIRYAEV, Y. The Right of Armed Self-Defense in International Law and Self-Defense Arguments Used in the Second Lebanon War. *Acta societatis martensis*, [S. l.], 2007, p.82.

<sup>98</sup> *Idem*, p. 82.

ataque destinado a impossibilitar a concretização de uma ameaça de agressão iminente<sup>99</sup>.

### 3.1.3 Preventivo

Já o tipo preventivo de autodefesa, este ligado a um ultraje organizado destinado a esmorecer a realização de uma suposta agressão dentro de uma conjuntura ainda ignorado no futuro próximo (SHIRYAEV, 2007). Desta maneira, como até este momento não ocorreu à agressão, nenhum Estado teria direito a ações de autodefesa antecipatória dos tipos preemptivo e preventivo nos termos do artigo 51 da Carta da ONU.

## 3.2 INCERTEZAS A RESPEITO DA DEFESA PREVENTIVA

Entretanto, baseando-se em fontes do direito internacional costumeiro, há autores que afirmam que as ações de autodefesa antecipatória, preemptiva e preventiva seriam juridicamente defensáveis (DAVID, 2003; LUFT, 2003), a despeito da oposição da maior parte da comunidade internacional que teme que este consenso dê origem a abusos no exercício do direito a autodefesa antecipatória<sup>100</sup>.

Os EUA tem demonstrado que a autodefesa antecipatória vem sendo um hábito no decorrer de sua historia, especialmente no que diz referência ao resgate de nacionais no exterior e o combate contra o terrorismo (LUFT, 2003; KRETZMER, 2005; BYMAN, 2006; STAHL, 2010; MATOS, 2012). De acordo com Rezek (2002), no âmbito do Direito Internacional Publico, o reconhecimento de um costume como norma jurídica necessita de que sejam demonstrados os fundamentos material e subjetivo desse costume. A componente material de um costume se refere a prática reiterada de certa ação perante determinado fato especifico durante certo tempo. Por outro lado, o componente subjetivo de um costume fala a respeito da afirmação de que uma maneira de comportar-se perante um fato especifico é necessária e justa, adquirindo, dessa forma, uma natureza jurídica.

Até os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, os fundamentos

---

<sup>99</sup> SHIRYAEV, Y. The Right of Armed Self-Defense in International Law and Self-Defense Arguments Used in the Second Lebanon War. *Acta societatis martensis*, [S. l.], 2007, p.86.

<sup>100</sup> *Idem*, p. 86.

material e subjetivo da política americana de contraterrorismo baseada na autodefesa antecipatória, inclusive o assassinato seletivo, vinham sendo questionados por parte da ONU.

Entretanto, de imediato após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, o Conselho de Segurança da ONU aprovou a Resolução 1.368 de 12 de setembro de 2001, “reconhecendo o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, conforme a Carta das Nações Unidas”. De acordo com Shiryayev (2007), ao reconhecer o direito de autodefesa legítima individual e coletiva em contestação as ataques terroristas, a Resolução 1.368 do Conselho de Segurança da ONU lançou as bases para uma nova consonância da legalidade da autodefesa antecipatória em um cenário de combate em oposição ao terrorismo.

Nessa orientação, de acordo com o governo americano, as organizações terroristas palestinas realizam ataques armados contra tropas americanas e seus aliados, a qual, como vítima de agressão e junto com base no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, não deveria ser impedido de executar o seu direito próprio e normal à legítima defesa e a autodefesa antecipatória (DAVID, 2003; LUFT, 2003).

Um exemplo de entendimento sobre a utilização da legítima defesa antecipatória vem do estado de Israel, no combate aos inimigos palestinos. Após vários conflitos, o governo israelense tem trabalhado para construir um argumento jurídico, que foi sumarizado no relatório da sentença 769/02, da Suprema Corte de Justiça de Israel, do seguinte forma:

A posição dos réus (o governo e as Forças de Defesa de Israel) é o de que deve ser rejeitado o argumento segundo o qual Israel somente tem permissão de se defender contra o terrorismo por meio da aplicação da lei. Não é mais motivo de controvérsia a noção de que um Estado tem permissão para responder com força militar o ataque terrorista contra ele. Isso em conformidade com o direito de autodefesa determinado pelo artigo 51 da Carta das Nações Unidas, a qual permite um Estado de se defender contra um "ataque armado". Mesmo se houver discordância entre os especialistas em relação a questão do que constitui um "ataque armado", não pode haver dúvida de que a investida do terrorismo contra Israel se encaixa na definição de um ataque armado. Assim, Israel tem permissão de usar a força militar contra as organizações terroristas (ISRAEL, 2006, tradução nossa).

Nessa linha, também se baseando no recurso ao *Jus ad Bellum* como direito

natural, o fundamento israelense é de que, na situação de agressão terrorista, tal qual a enfrentada por Israel a partir da “Segunda Intifada”:

(...) não se pode aguardar que os Estados permitam que a população civil e as forças armadas deles sejam impunemente atacadas por organizações terroristas perfeitamente armadas que tenham entrado, substancialmente, dentro de um conflito armado com o Estado vítima [da agressão terrorista].

Porém, a luz do Direito Internacional Público, a invocação dos *Jus ad Bellum* seria descabida, por causa do confronto, que não é mais uma opção lícita de resolução de conflitos entre Estados (ACCIOLY; SILVA, 1996; RANGEL, 2002; REZEK, 2002). De acordo com resultado, no âmbito do ordenamento jurídico internacional contemporâneo, o princípio dos *Jus ad Bellum* foi proscrito e perdeu a sua precedência em favor do princípio dos *Jus in Bello*, o direito aplicável em situação de guerra, também conhecido como Direito Internacional Humanitário (FISHER, 2006; BOUVIER, 2011; STERIO, 2012).

De acordo com Bouvier<sup>101</sup>, o Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados é um conjunto de “normas internacionais, estabelecidas por tratados ou pelo costume, com a finalidade específica de solucionar os distúrbios humanitários que surgem através de conflitos armados internacionais ou não internacionais”.

Bouvier (2011, p. 15) estabelece a distinção entre os *Jus ad Bellum* e os *Jus in Bello*:

*Jus ad Bellum* refere-se ao princípio de se envolver em uma contenda por um razão justa, como a autodefesa. Por outra perspectiva, o *Jus in Bello* refere-se ao princípio de se combater uma guerra de forma justa e, por causa disso, engloba padrões de proporcionalidade e distinções a cerca de civis e combatentes.

Segundo Fischer (2006), o Direito Internacional Humanitário ou a Lei dos Conflitos Armados seria um ramo do Direito Internacional Público que regula a conduta dos Estados beligerantes durante um conflito armado. Todavia, Fisher (2006) argumenta que o Direito Internacional Humanitário não prevê várias questões suscitadas pela maneira do conflito prevalecente na contemporaneidade, isto é,

<sup>101</sup> BOUVIER, A. Direito internacional humanitário e direito dos conflitos armados. Williamsburg, VA: Instituto para Treinamento em Operações de Paz, 2011, p. 3.

conflitos entre Estados soberanos e organizações terroristas transnacionais.

Nessa orientação, ainda que a proscricção do embate armado tal como maneira de resolução de conflitos entre Estados seja considerada primordial na manutenção do equilíbrio das relações internacionais, tem-se argumentado que os *Jus ad Bellum* ainda seria justificável no combate dos Estados em oposição a organizações terroristas transnacionais (DAVID, 2003; MCNEAL, 2014).

Dessa maneira, em continência ao anacronismo do Direito Internacional Humanitário, produzido ao longo da época em que predominavam conflitos armados entre Estados soberanos, varias táticas de guerra irregular típicas da divergência entre Estados e grupos não estatais, por exemplo, o assassinato seletivo, não tem previsão no Direito Internacional Humanitário e no Direito Internacional Publico (FISHER, 2006).

Na percepção de Bouvier (2011), ainda que o Primeiro Protocolo Suplementar as Convenções de Genebra de 1977 tenha ajustado o império do princípio dos *Jus in Bello* sobre o princípio dos *jus ad bellum*, isso não invalidaria o recurso ao *Jus ad Bellum* em casos excepcionais, por exemplo a autodefesa. Nesse sentido:

Esta completa separação entre os *Jus ad Bellum* e os *Jus in Bello* significa que o DIH (Direito Internacional Humanitario) é aplicável toda vez que houver um conflito armado de facto, independente de tal conflito achar-se justificado pelos *jus ad bellum*, ou que o fundamento dos *Jus ad Bellum* seja capaz de ser empregado ao compreender o DIH. Entretanto, isto também significa que as normas de DIH não são capazes de tornar os *Jus ad Bellum* impossível de ser implementado, p.ex., tornar ilegal a legítima defesa<sup>102</sup>.

Porém, a legalidade do uso do assassinato seletivo por Israel em oposição a as organizações terroristas palestinas em termos da norma da legítima defesa tem sido questionada com base no fato de que há o entendimento geral na comunidade internacional de que os EUA e Israel são potências de ocupação que não enfrentam ameaça de terrorismo transnacional, mas sim de grupos armados de resistência a ocupação militar.

### 3.3 A Doutrina Bush e a ampliação da legítima defesa preventiva

---

<sup>102</sup> BOUVIER, A. **Direito internacional humanitário e direito dos conflitos armados**. Williamsburg, VA: Instituto para Treinamento em Operações de Paz, 2011, p. 16.

O dia 11 de setembro de 2001 marcou definitivamente a história contemporânea. Nesta fatídica data, os Estados Unidos da América sofreram diversos atentados terroristas sem precedentes. Os ataques foram perpetrados pela organização terrorista Al Qaeda, que se define da seguinte forma:

Registram-se várias grafias, tais como Al Qaeda, Al Qaid, Al Quid, Al Qeda, cuja raiz é a palavra árabe *qaf-ayn-dal*, que pode significar uma base, tal como acampamento, lar, alicerce ou pedestal. A organização se opõe aos países ocidentais e aos EUA em particular, considerados “infiéis”, pois não são governados segundo a interpretação extremista do corão que é seguida pelo grupo. Um dos principais objetivos da Al Qaeda é a retirada das forças americanas da Arábia Saudita e de outros países da Península Arábica, por meio da violência.<sup>103</sup>

Esses terroristas sequestraram quatro aviões comerciais para utilizá-los como armas contra alvos simbólicos da nação norte-americana. Enquanto que uma destas aeronaves não atingiu seu objetivo final – a Casa Branca, o centro do poder executivo daquele país – as outras três atingiram instalações que representam o poder econômico capitalista – as torres do World Trade Center – e o poder militar de uma nação considerada imperialista – o Pentágono.

Em resposta a tais ações perpetradas que abalaram o mundo, o Conselho de Segurança da ONU editou a Resolução 1368 de 12 de setembro de 2001. Em linhas gerais este documento buscou reagir à nova demanda então presente – o terrorismo – com a determinação expressa de combater, por quaisquer meios, a ameaça da paz e da segurança internacional. Ela reconheceu, pois, o direito de legítima defesa dos atingidos pelo atentado do dia anterior, por cujas vítimas prestou solidariedade. Além disso, ela conclamou a todos os países a enveredarem esforços para encontrar terroristas responsáveis pelos ataques, afirmando que responsabilizaria aqueles que os obrigassem e/ou os ajudassem. Finalmente, seu texto expressou a sua prontidão em responder aos ataques terroristas.

Concomitante à declaração do Conselho de Segurança, a OTAN declarou que os atentados sofridos pelos Estados Unidos da América constituíam ataques a todos os países da Organização, com base no artigo 5º do Tratado que estabeleceu a OTAN, em 1949, cujo teor baseia-se na solidariedade entre os aliados europeus e americanos quanto a ofensivas sofridas por qualquer um destes.

---

<sup>103</sup> CUTLER, L. *The Rule of Law and the Law of War*. The Edwin Mellen Press, 2005, p 30-31.

Com base na legítima defesa coletiva, os Estados Unidos e aliados lançaram uma ofensiva mundial antiterror. As mais de seis mil mortes decorrentes dos atentados de 11 de setembro de 2001 sensibilizaram a opinião pública mundial a aprovarem tais ações militares, conhecidas como a doutrina Bush. O objetivo principal da campanha bélica foi caçar as lideranças da rede terrorista Al Qaeda que assumira a autoria dos ataques. O líder deste grupo, o milionário saudita Osama Bin Laden, criou suas bases operativas no Afeganistão, sob a proteção da ditadura talibã, conhecida por seus métodos de governo que afrontavam flagrantemente as garantias individuais de seus cidadãos, mas que, apesar disso, eram legitimados pelo princípio da não intervenção em assuntos internos por parte de outros países. Tardamente, após a ofensiva militar dos Estados Unidos da América, auxiliada pela Inglaterra e por grupos de oposição afegã, o governo talibã caiu. No entanto, as estruturas da Al Qaeda, bem como seu líder, não foram atingidas. Estes anos em que a comunidade internacional ficou de olhos fechados em relação à situação interna do Afeganistão foram suficientes para o desenvolvimento de uma rede mundial de terrorismo, em ressonância com as ideias extremistas predominantes em seu governo.

Neste sentido, o embaixador norte-americano nas Nações Unidas, John Negroponte, manifestou, em sua carta ao presidente do Conselho de Segurança a 7 de outubro de 2001 o seguinte:

Os atentados de 11 de setembro de 2001 e a atual ameaça aos Estados Unidos e a seus aliados representada pela organização Al Qaeda foram possibilitados pela decisão do regime dos talibãs de permitir que as regiões do Afeganistão por ele controladas fossem usadas por esta organização como base de operações. Não obstante o reiterado empenho dos Estados Unidos e da comunidade internacional, o regime dos talibãs se tem recusado a mudar sua política. Do território do Afeganistão, a organização Al Qaeda continua a treinar e apoiar agentes do terrorismo que atacam pessoas inocentes em todo o mundo e visam cidadãos e interesses americanos nos Estados Unidos e no exterior.

Um pouco fora de tempo, na tentativa de justificar sua “guerra contra o terrorismo”, o presidente George W. Bush afirmou acreditar, categoricamente, em Direitos Humanos e na liberdade dos povos, valores, segundo ele, não apreciados pelos terroristas. Ao invocar tais conceitos o governo dos Estados Unidos buscou, no final de tudo, uma alteração do direito consuetudinário internacional, pois desta forma teria muito mais chance de obter apoio tácito ou expresso de outros países,



com relação às ações que estava realizando e viria a por em prática, pois, como se segue em seu discurso, ele decidiu que seu país não esperaria ser atacado novamente. “A doutrina é clara: nós confrontaremos ameaças antes que elas se materializem completamente. E, se você abriga terrorista, você é tão culpado quanto o terrorista.”<sup>104</sup>

Em uma escalada na “luta contra o terror”, os Estados Unidos da América, em 2003, tentaram convencer o Conselho de Segurança da ONU das ligações do governo do Iraque com a rede terrorista Al Qaeda. Surgia o termo “eixo do mal”<sup>105</sup> que caracterizava uma liga de todos os países com relações próximas ao terrorismo, quando em outras palavras representavam todos os governos opositores históricos dos norte-americanos. Sob o forte pretexto de que os iraquianos possuíam armas de destruição em massa que poderiam ser utilizadas em atentados terroristas, os Estados Unidos solicitaram a adoção de resolução do Conselho de Segurança para que este se concedem tais pretensas conexões e autorizasse uma intervenção militar no Iraque.

Tal autorização do Conselho de Segurança, no entanto, pareceu ser irrelevante. O governo norte-americano declarou que o regime descompromissado e autoritário de Sadam Hussein deveria ser deposto, com ou sem o seu aval. O presidente Bush dava mostras que se preparava para um ataque, sob o pretexto da legítima defesa preventiva, como dá a entender seu discurso de 7 de outubro de 2002<sup>106</sup>:

A ameaça vem do Iraque. Ela surge diretamente das ações do próprio regime iraquiano – sua história de agressão, e sua busca por um arsenal de terror. Onze anos atrás, como condição para terminar a Guerra do Golfo, ao regime iraquiano foi imposta a obrigação de se desfazer de suas armas de destruição em massa, de obstar qualquer desenvolvimento desse tipo de arma, e de parar de oferecer apoio a grupos terroristas. O regime iraquiano violou todas essas obrigações. Ele possui e produz armas químicas e biológicas. Ele está buscando armas nucleares. Ele deu apoio e abrigo ao terrorismo, e pratica terrorismo contra seu próprio povo. O mundo inteiro testemunhou a história de onze anos de má-fé, decepção e desafio do regime iraquiano.

<sup>104</sup> BUSH, G. W. White House. Site da Casa Branca, Washington, 2005. Disponível em: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/08/20050824.html>. Acesso em 20 Out 2016.

<sup>105</sup> CHOMSKY, N. Poder e terrorismo. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 48.

<sup>106</sup> BUSH, G. W. White House. Site da Casa Branca, Washington, 2005. Disponível em: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/08/20050824.html>. Acesso em 20 Out 2016.

Efetivamente a invasão do Iraque ocorrida em março de 2003 não foi autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU. Por conseguinte, o governo dos Estados Unidos foi claro em levar à opinião pública mundial que a operação militar se tratava de ataque preventivo.

### 3.4 Aspectos Políticos da Atual Ordem Jurídica

O advento das guerras no Afeganistão e no Iraque são concretizações da Doutrina Bush. Superado o entendimento das causas que levaram a sua concepção, notadamente ligadas às mudanças geopolíticas advindas do terrorismo, cabe entender como ela tomou seu lugar no Direito Internacional Público contemporâneo.

A ação militar norte-americana tomou forma quando Condoleeza Rice, alta funcionária da administração Bush, em 1º de outubro de 2001, anunciou formalmente a doutrina da guerra preventiva, como sendo a estratégia de defesa dos Estados Unidos antes as novas ameaças mundiais.<sup>107</sup> A ideia principal da doutrina era levar ao inimigo o confronto antes que ele o leve aos Estados Unidos da América. As palavras de George W. Bush, inscritas no prefácio da Estratégia de Segurança Nacional norte-americana, resumem bem este novo cenário que reaviva o *jus ad bellum*:

As condições se alteram fundamentalmente. Os inimigos do passado necessitavam de grandes exércitos e capacidade industrial a fim de colocar os Estados Unidos em risco. Hoje, obscuras redes de indivíduos podem acarretar grande caos e sofrimento ao nosso território, e isso a um preço menor do que custaria comprar um tanque de guerra. Os terroristas estão organizados de modo a poder penetrar em sociedades abertas e fazer reverter o poder da tecnologia moderna contra nós. Essa situação pede uma nova mudança fundamental na estratégia: de agora em diante os Estados Unidos têm de agir contra essas ameaças pendentes antes que elas se configurem plenamente. Essa é a receita para a chamada guerra preventiva. Condições alteradas – os Estados Unidos são ameaçados hoje menos por Estados conquistadores do que por Estados fracassados... Somos ameaçados menos por esquadras e exércitos do que por tecnologias catastróficas – requerem mudanças de táticas: quanto maior for a ameaça, maior o risco da nação – o que torna mais necessário realizar operações antecipatórias em

---

<sup>107</sup> Em conformidade com o discurso proferido em Nova Iorque. Disponível em <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/10/20021001-6.html>, consultado em 25 de janeiro de 2017.

nossa defesa – mesmo quando não houver certeza sobre o lugar e a hora do ataque do inimigo. A fim de conter ou prevenir tais atos hostis por parte dos nossos adversários, os Estados Unidos agirão, se necessário, preemptivamente.<sup>108</sup>

Notadamente, a ideia de uma guerra justa que legitime ataques preventivos é o resumo da doutrina Bush. No entanto, tais informações intelectuais não são contemporâneas. Elas surgiram da adaptação de antigos pensamentos e maneiras de governar.<sup>109</sup> Cícero (106-43 AC) considerava plausível a realização de ataques preventivos, com o argumento que a violência inimiga não precisa necessariamente se consumar para surgir o motivo desta ser repelida com violência. Bastava a mera ameaça, o medo da possibilidade de ser atacado, para que se fosse autorizado agir ofensivamente. Este ponto de vista está aliado ao de Alberico Gentili em *De Iure Belli* de 1588, que entendia ser a guerra uma forma de autopreservação, com caráter eminentemente público<sup>110</sup>. Este pensador jusnaturalista da escola do Humanismo, citado no capítulo anterior, foi mestre de THOMAS Hobbes na universidade de Oxford. Sua contribuição foi importante para o desenvolvimento do pensamento deste último, que, por sua vez, marca a ciência política até os dias de hoje.

Inspirado pela vocação colonialista da Inglaterra, sua pátria, Hobbes foi defensor da guerra e de ataques preventivos baseados no medo. Segundo ele, o homem é movido fundamentalmente pelo instinto da autopreservação, embora a agressão constitua o segundo fundamento de suas ideias. Logo, o medo constitui fundamento da guerra, na medida em que o temor de um ataque por um possível inimigo legitima um ataque preventivo. Tais concepções que validam a guerra agressiva ou mesmo um ataque preventivo derivam do princípio de que o homem, em seu estado de natureza, tende a fazer o mal. Desta tendência inata humana surge a necessidade do *Leviathan*, detentor de um poder central e por isso legitimado ordenar a vida doméstica de um grupo de concidadãos. Estes, portanto, cedem seus direitos e vontades ao Estado, até mesmo a da propensão em fazer a guerra em resposta ao instinto de autopreservação. Para Hobbes “pertence à soberania o direito de fazer a guerra e a paz com outras nações e Estados. Quer

---

<sup>108</sup> BARBER, B. O império do medo. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 56.

<sup>109</sup> MURPHY, S. D. Humanitarian intervention in na evolving world order. Procedural Aspects of International Law series. Philadelphia: [s.n.], 1996, p. 125.

<sup>110</sup> TRUYOL U SERRA, A. Historia del derecho público. Madrid: Tecnos, 1998, p. 78.

dizer, o decidir quando ela, a guerra, corresponde ao bem comum [...]”<sup>111</sup>.

As ideias de Hobbes são amplamente utilizadas nas relações internacionais. A doutrina Bush marcadamente utiliza-se de seus argumentos para orientar sua política externa nas suas ações após 11 de setembro. Este comportamento do governo norte-americano é chamado de realismo no estudo das Relações Internacionais que, por sua vez se divide em duas correntes de análise acadêmica: o realismo clássico e o estrutural. O primeiro segue Hobbes à risca, pois acredita na tendência humana pelo mal, considerando o Estado o único ator capaz de impor-se na política internacional como mediador, já que personifica a busca dos indivíduos por poder. Basicamente, o objeto de sua análise são os interesses conflitantes ente os Estados definidos em termos de poder, traduzidos pela procura incessante de sobreporem-se uns aos outros. Logo, as regras e instituições internacionais somente poderão persistir à medida que refletirem os interesses dos Estados mais poderosos. Esta orientação é plenamente identificável quando os Estados Unidos da América desconsideram a redação do artigo 51 da carta da ONU e empreendem a legítima defesa preventiva quando acreditam que devem levar a batalha até o inimigo para “[...] impedir seus planos e fazer frente às mais graves ameaças, antes mesmo que se materializem”<sup>112</sup>. O governo norte-americano utiliza-se também das ideias da corrente do realismo estrutural ao empreender sua campanha militar contra o Afeganistão e o Iraque sem o aval formal da ONU. Os estruturalistas acreditam que se os Estados possuem capacidade militar ofensiva e, se não há uma autoridade central forte o suficiente, a necessidade de sobrevivência e a incerteza sobre as ações alheias passam a constituir elementos fundamentais e legitimadores nas relações internacionais. Este é o outro esteio da doutrina Bush.

Após bem compreender a influência de Hobbes sobre a política externa norte-americana, outro pensador merece destaque por defender a guerra preventiva: Samuel Pufendorf. Pertencente a escola naturalista, que concebia o direito natural como instrumento disciplinador das relações entre as nações e Estados, Pufendorf desenvolveu duras críticas a Hobbes. Segundo ele, a ideia que Estados se relacionariam como seres humanos, ponto central do pensamento do autor de *Leviatã*, era ultrapassada. Reflexo do pensamento político de sua época, alicerçado

---

<sup>111</sup> HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Abril, 1979.

<sup>112</sup> BUSH, G. W. White House. Site da Casa Branca, Washington, 2005. Disponível em: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/08/20050824.html>. Acesso em 20 Out 2016.

na Europa semi-pacificada da década de 1650, Pufendorf trouxe claramente a noção de auxílio mútuo, entendendo que nações poderiam viver em paz entre si sem a necessidade de um poder comum e central, podendo o mesmo ser o dito sobre indivíduos em estado de natureza. No entanto, ele entendia que o direito à punição não estava contido no rol dos direitos naturais. Para que não fosse considerada uma simples retaliação, Pufendorf considerava legítimo o uso da força se esta fosse administrada por alguém cuja autoridade política sobre o outro decorresse da aplicação metódica de leis estabelecidas. No que concerne a um ataque preventivo, ele seria admitido se houvesse claras provas sobre a iminência de um ataque a ser sofrido<sup>113</sup>.

Outro incidente clássico que concebeu a ideia de intervir na soberania alheia realizando ataques preventivos foi Immanuel Kant. Em sua obra *À Paz Perpétua*, de 1795, considerada o ápice da concepção global do direito, ele admitiu a realização de ataques preventivos diante da ameaça, desde que configure a iminência de uma real agressão. Kant impôs ressalvas semelhantes às impostas por Pufendorf, ao considerar a impossibilidade da guerra por punição, pois se pressupõe uma desigualdade de forças entre o que agride e o que castiga. Apenas o mais forte poderia punir o mais fraco.

Justamente, buscando restringir esta ação armada dos mais fortes, sob o pretexto teoricamente infundável da legítima defesa, que o incidente do *Caroline* ganhou destaque internacional. Em 1837, os britânicos estavam empenhados em esmagar uma rebelião no alto Canadá (atualmente Ontário). Os Estados Unidos, embora não se dispusessem a antagonizar uma superpotência, apoiando diretamente os rebeldes, não impediram que uma milícia particular fosse constituída no estado de Nova Iorque. Os “voluntários” utilizavam um barco a vapor, o *Caroline*, para transportar armas e homens para o quartel-general dos rebeldes em *Navy Island*, no lado canadense do rio Niágara. Os britânicos reagiram com uma investida noturna, capturando a embarcação, que estava atracada em território estrangeiro, precisamente em Forter Schollosser, Nova Iorque. Os ingleses incendiaram o navio e o enviaram cataratas do Niágara abaixo. Dois homens morreram ao tentar fugir do vapor e dois prisioneiros foram levados de volta ao Canadá, sendo posteriormente liberados.

---

<sup>113</sup> TUCK, R. *The rights of war and Peace*. Oxford: Oxford Univesity Press, 1999, p. 56.

O incidente causou preocupação em Washington. Depois de terem tentado incendiar a Casa Branca e o prédio do Capitólio em 1814, forças britânicas voltavam a intervir em território norte-americano. O secretário de Estado norte-americano Forsyth escreveu carta ao embaixador britânico em Washington declarando que o incidente suscitara “ as mais dolorosas emoções de surpresa e pesar”. A resposta oficial britânica, dada pelo embaixador Fox, foi que a destruição do *Caroline* fora um ato de “necessária legítima defesa” – embora provavelmente quisesse dizer, na realidade, que o ato tinha justificação política<sup>114</sup>.

A controvérsia foi solucionada politicamente em 1842, após a mudança de governo em Washington. O novo embaixador britânico lorde Ashburton desenvolveu uma diplomacia bastante cautelosa, e por isso, eficaz. Sua mediação resultou em um acordo tácito, seguido posteriormente por muitas nações, que se exprimia na condenação de ações injustificadas ou excessivas na esfera da legítima defesa. O pronunciamento do novo secretário de Estado norte-americano, Daniel Webster, acerca deste assunto, muito bem representa tal concepção:

Sem dúvida devemos reconhecer que, mesmo admitindo que efetivamente existem exceções resultantes da grande lei da legítima defesa, tais exceções devem limitar-se a casos em que a necessidade dessa legítima defesa seja urgente, incontornável, sem oferecer opção de meios nem tempo para deliberação<sup>115</sup>.

O Direito Internacional, antes da Liga das Nações ou da Carta das Nações Unidas, era eminentemente consuetudinário. Logo, o caso *Caroline* passa a incorporar aos costumes internacionais dois parâmetros limitadores do uso da força: necessidade e proporcionalidade. Muito embora este caso histórico não tenha tido a capacidade de prevenir novas agressões, ele foi capaz de criar a distinção jurídica entre a guerra e a legítima defesa. Esta última, segundo uma visão mais pormenorizada, deve seguir alguns preceitos basilares para que não se caracterize por simples vingança ou represaria estatal. Em uma situação onde as animosidades não estejam tão exacerbadas, ainda seria possível, pois, manter a paz, condição bastante interessante a países mais fracos, em que a guerra é uma empreitada

---

<sup>114</sup> BYERS, M **A Lei da Guerra**: Direito Internacional e Conflito Armado. São Paulo: Record, 2007, p 96.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 98.

muito dispendiosa, exatamente o caso dos Estados Unidos naquela época<sup>116</sup>.

A doutrina majoritária de Direito Internacional concorda que esteja superada a discussão sobre a expansão do conceito de legítima defesa, estendido forçosamente pela doutrina Bush. No entanto, mesmo válidas as normas de interpretação de tratados, codificadas na Convenção de Viena sobre o Direito de Tratados de 1969, que exigem que as cláusulas sejam interpretadas de acordo com “o sentido comum atribuível aos termos do tratado”, o governo norte-americano busca abrir uma brecha na interpretação do artigo 51 da Carta das Nações Unidas. Apesar de estar expressamente escrito ser imprescindível a ocorrência de uma “ataque armado” que autorize a legítima defesa, os hermeneutas detêm-se no caráter “inerente” do mesmo direito lá enunciado. Com este foco, os Estados Unidos buscam incorporar implicitamente à cláusula do tratado, o preexistente direito consuetudinário internacional de legítima defesa. O que se busca é alterar o artigo 51 por práticas de Estado evocando, para tal feita, Maquiavel, Hobbes, Pufendorf, Kant e o caso *Caroline*. Esta discussão dá mostras claras de se afastar da esfera jurídica ao mesmo tempo em que se aproxima do campo das Relações Internacionais. Por este motivo, a doutrina Bush e seus preceitos de intervenção militar preventiva são massivamente condenados pelos juristas de esmagadora quantidade de países que ratificaram o acordo de Genebra.

Além disso, o governo norte-americano vem descumprindo as obrigações assumidas nos termos do Tratado de Não-Proliferação Nuclear, ao acelerar os trabalhos de desenvolvimento de armas nucleares de campo, destinadas a penetrar *bunkers* e destruir produtos químicos e patogênicos perigosos.

---

<sup>116</sup> Ibid., p. 99.

## CONCLUSÃO

A guerra e os conflitos armados sempre foram constantes nas relações das sociedades. Os conflitos armados na atualidade são cada vez mais destruidores, pois a modernidade das armas e as novas tecnologias possibilitam alto poder de destruição. Ao longo da História, regras de procedimentos para limitar as hostilidades entre os contendores foram sendo criadas.

A história da humanidade relata que a guerra é um meio para se obter a paz. Todavia, a necessidade de se criar limitações às operações militares tornou-se necessidade como forma de se respeitar a dignidade do ser humano e valorizar a vida humana. No século XX, as Convenções de Genebra e seus Protocolos, originária dos princípios do Direito Humanitário, limitaram a situação de emprego bélico pelos conflitantes. Além disso, ampliou o conceito de guerra para os conflitos armados, podendo estes ser de caráter internacional ou não internacional, e a não necessidade da guerra ser declarada para se aplicar as Convenções de Genebra e o Estatuto de Roma. O Direito Internacional Humanitário, também conhecido como o Direito Internacional dos Conflitos Armados, procura, então, humanizar a guerra, conferindo-lhe limites aos métodos e aos procedimentos a serem utilizados nos conflitos armados.

Grande aliado do desenvolvimento e da divulgação do DIH é o Comitê Internacional da Cruz Vermelha que trabalha para aprimorar, promover e supervisionar a implantação dos tratados e para disseminar o conhecimento destes tratados pelo mundo.

O Direito Internacional Humanitário (DIH) ou Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), que em nome dos princípios da humanidade e da dignidade, reconhecidos por todas as formas de civilização, visa proteger a pessoa que se encontra envolvida numa situação perigosa e catastrófica resultante da violência causada pela guerra ou por um conflito armado, ou seja, visa proteger as vítimas dos conflitos armados, não ajuíza valor em saber se a guerra é justa ou injusta, em saber quem é o agressor. O que se busca é a pessoa do agredido, a vítima. Como um ramo do DIP, o DIH possui um corpo de regras jurídicas, de origem internacional, que disciplina a atividade dos Estados e de outros sujeitos de DIP.



Com seu caráter “*sui generis*”, o DIH constitui-se em um ramo autônomo do direito, pois tem: objeto próprio, qual seja, regular uma atividade humana que é a guerra ou o conflito armado; princípios próprios, os quais são: o da dignidade, o da humanidade e seus corolários; um fim específico, como a proteção das vítimas da guerra; e um corpo de normas internacionais estruturados em torno de seus princípios. Esse ramo do Direito tem como principal fundamento a primazia ao ser humano.

Deste conjunto de regras jurídicas, da qual se origina um corpo normativo e codificado de regras conhecidas como fontes do DIH, especial relevância assume as fontes oriundas das convenções internacionais e dos costumes internacionais, as fontes originárias. Além disso, a busca da ética da guerra, iluminada pelo princípio da humanidade e pela renúncia a todos os métodos de combate bárbaros, possibilitou a existência de princípios inovadores e limitadores: o princípio fundamental do direito das partes de escolherem os métodos e meios de guerra num conflito armado não é ilimitado, assim como o que exige às partes num conflito a permanente distinção entre civis e combatentes. Estes princípios são, atualmente, considerados como “*jus cogens*”, ou seja, impõe-se por isso a todos os Estados, indistintamente.

Ao regulamentar o direito de guerra, o DIH constitui o “*Jus in Bello*”, instituindo um conjunto de normas que regulamentam as condutas entre os beligerantes, vale-se dizer que, embora visando reduzir ao mínimo possível o sofrimento, as perdas e os danos causados pelos conflitos armados, o DIH não se destina a impedir a eficiência militar nos conflitos. O direito da guerra não se aplica às operações militares que não se constituem em conflitos armados, as quais serão abrangidas nos quadros do Direito da Paz. Já a proibição do direito de recorrer à guerra – “*jus ad bellum*” – é o grande objetivo do direito internacional e de todo sistema que envolve as Nações Unidas.

A condução das operações militares está subordinada aos ditames da Lei e do Direito e, no âmbito dos conflitos armados, ao DIH em particular. Assim, parte-se de dois postulados<sup>117</sup>, tendo como base os princípios humanitários iluministas fundamentados na razão e nos direitos dos homens, como o direito à vida, direitos anteriores ao próprio Estado e que a ele se impõem.

---

<sup>117</sup> Postulados de Jean Pictet, conf. A. A. Cançado Trindade, op. cit

O primeiro é de que a guerra não é um fim em si mesmo, mas um meio de obrigar o adversário a ceder a nossa vontade, entendendo-se a guerra como “*ultima ratio*”<sup>118</sup> para a consecução de seus objetivos.

O segundo, de que a guerra visa apenas à destruição do potencial bélico do adversário. A humanidade prefere capturar a ferir; ferir a matar; a ferir da forma menos grave e dolorosa; a que se poupem os não-combatentes e que a captura seja a mais suportável possível. O que existe nesta situação não é um castigo, mas uma forma de atingir o potencial bélico e humano do adversário.

Com base nestes postulados o DIH integra regras sobre armas, regras sobre métodos e regras humanitárias subordinadas a um princípio fundamental o qual estabelece que, em caso de conflito armado, o direito das partes em conflito de escolher os métodos e meios de guerra não é ilimitado. Sendo assim, é proibido utilizar métodos ou meios de guerra que causem males supérfluos ou sofrimento desnecessário, ou que causem danos graves e de longo prazo no ambiente.

Decorre, então, a instituição dos princípios gerais da atividade operacional, juntamente com a “*cláusula de Martens*” e a proibição de ataques indiscriminados. Estes princípios merecem destaque: o Princípio da Necessidade Militar, em que a adoção de medidas indispensáveis ao prosseguimento dos fins da guerra não são consideradas ilegais, mesmo derogando, em situações particulares, algumas regras do DIH; o Princípio da Humanidade, em que os mínimos direitos universais (direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade e às garantias judiciais) e os Direitos Humanos devem ser respeitados em conflitos armados; o Princípio da Distinção, que estabelece uma separação entre civis ou outras pessoas protegidas e combatentes, e entre bens civis ou excluídos e objetivos militares, e cujos ataques somente deverão ser dirigidos contra os combatentes e objetivos militares; e, o Princípio da Proporcionalidade, que estipula que os ataques não devam ser excessivos, relativamente à vantagem militar concreta e direta, antecipada, e que estes ataques não causem, colateralmente, danos aos civis (morte ou ferimentos) e, ou aos bens civis.

Pelo princípio da necessidade, em uma situação de beligerância, verifica-se

---

<sup>118</sup> Último recurso.

a dificuldade de não se atingir bens considerados civis, pois por este princípio, somente alvos militares devem ser atacados. Porém, nos combates da era moderna, estatísticas apontam que, mesmo no escudo das leis e normas do Direito Internacional Humanitário, a população civil é a que mais sofre com as guerras e os conflitos armados.

Deste arcabouço de normas, preceitos e institutos do Direito Internacional Humanitário verifica-se a intenção de limitar, no caso de um conflito armado, as ações indiscriminadas de litigantes contra vítimas. Os reflexos são notórios no âmbito da sociedade internacional, fazendo com que se evite a barbárie contra pessoas e bens, que a guerra se torne mais humana e que se tenha mais respeito à dignidade da pessoa humana, haja vista que a ocorrência de guerra entre sociedades permanece constante em nossos dias.

A presente análise evidenciou que as principais considerações americanas e israelenses com intenção da utilização do assassinato seletivo como tática contraterrorista tem sido o princípio dos *Jus ad Bellum* e o instituto da legítima autodefesa. Além disso, verificou-se que, no entender da Suprema Corte de Justiça de Israel, que o assassinato seletivo seria uma prática legal de guerra em oposição ao terrorismo, desde que respeitadas determinadas regras.

Dessa forma, a compreensão israelense parece ser o de que a proscrição dos *Jus ad Bellum* no ordenamento jurídico internacional contemporâneo diz respeito às relações de conflito entre Estados soberanos, mas não aos conflitos entre um Estado soberano e organizações terroristas transnacionais. A proscrição do direito a guerra ocorreu em um período histórico na qual os conflitos armados ocorriam no âmbito de Estados soberanos. Atualmente, os conflitos armados entre um Estado soberano e facções terroristas transnacionais tornam complexa a aplicação estrita das normas do Direito Internacional Público e desafiam juristas a construir um novo ordenamento jurídico internacional que levem em consideração as idiosincrasias do contraterrorismo e da guerra irregular.

A invasão do Iraque e do Afeganistão pelo EUA suscita a necessidade de uma reflexão profunda a respeito da complexa relação entre a política de defesa nacional e o Direito Internacional Público. O exemplo da invasão do Afeganistão nos mostra que, dentro de extensão de grave ameaça a segurança nacional, a sujeição de um Estado ao ordenamento jurídico internacional, ocasionalmente,

pode vir o se tornar incompatível com a política de defesa nacional.

A doutrina Bush, por exemplo, buscou impor os interesses nacionais do Estados Unidos à Organização das Nações Unidas, erodindo as bases jurídicas desta com o resgate da, há muito ultrapassada, Guerra Justa. Pautados em ataques de legítima defesa preventiva, as ações militares no Iraque e no Afeganistão colocaram dúvidas à imparcialidade e representatividade da ONU.

Além disso, a adoção de direitos ampliados de legítima defesa em caráter preventivo também introduziria incertezas nas relações entre países. Pois, quem decidiria que determinada ameaça justifica a ação preventiva? As operações poderiam ter caráter oportunista, amparada pelo instituto da legítima defesa preventiva.

Concluindo, a maioria dos países nada tem a ganhar com a ampliação de um direito de legítima defesa em caráter preventivo, pois ele conferiria a todos os Estados, incluindo nesse rol os potenciais inimigos de qualquer estado – o poder discricionário quase ilimitado para fazer uso da força.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando Pompeu. **Tratado de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Saraiva, v. III, 1957.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1961.

ALBUQUERQUE, C. Mello de. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. V. 2.

ALBUQUERQUE, Catarina & MARTINS, Isabel Marto. **Direito internacional humanitário**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih1.htm>>, Acessado em 27/09/2016.

ALBUQUERQUE & Martins. Disponível no site: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih1.htm>>. Acessado em 07/10/2016.

ANISTIA INTERNACIONAL. Disponível no site: <<http://www.amnesty.org>>. Acessado em 13/07/2016.

BARBER, B. **O império do medo**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

BORGES, Leonardo Estrela. **O Direito Internacional Humanitário**. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. 1969.

BYERS, M **A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado**. São Paulo: Record, 2007.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: 1988.

Caderno quatro: **Aplicação da Lei nos Estados Democráticos**. Disponível no Site: <<http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/rover/c3.htm>>. Acessado em 21/03/2016.

CANÊDO, Carlos. **O Genocídio como Crime Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CHEREM, Mônica Teresa Costa Sousa. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Juruá. 2005.

CLAUSEWITZ, C. **Da Guerra**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

COALIZAÇÃO para a Justiça Internacional. Disponível no site:<[http://www.comitepaz.org.br/Haia\\_2.htm](http://www.comitepaz.org.br/Haia_2.htm) >.

COALIZAÇÃO para o Tribunal Penal Internacional. Disponível no site: <<http://igc.apc.org/icc>>. Acessado em 12/03/2016.

COMITÊ dos Advogados de Direitos Humanos. Disponível no site: <<http://ichr.org>>. Acessado em 08/03/2016.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV). **Relatório sobre as atividades mensais**. Brasília, DF, 1964-2002.

\_\_\_\_\_. Protocolos adicionais às Convenções de Genebra de 12 agosto de 1949.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. **Derecho internacional humanitário – respuestas a sus preguntas**. Ginebra: Comitê Internacional de la Cruz Roja, 1998.

CONVENÇÃO DE GENEBRA. **Normas fundamentais das Convenções de Genebra e de seus protocolos adicionais**. Genebra: Comitê Internacional da

Cruz Vermelha, 1983.

CONVENÇÃO DE GENEBRA. **Resumo das Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e dos seus protocolos adicionais.** Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1989.

CONVENÇÕES DE GENEBRA de 12 de agosto de 1949. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1992.

HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Abril, 1979.

INSTITUTO PARA A GUERRA E PAZ Disponível no site: <<http://www.demon.co.uk/wpr>>. Acessado em 01/10/2016.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Protocolos Adicionais de 08 jun 1977.** Disponível em: < <http://www.icrc.org>>. Acesso em : 13/01/2016.

KÉVERGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt**. Ed Manole. São Paulo. 2006

KRIEGER, César Amorim. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Juruá. 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MURPHY, S. D. **Humanitarian intervention in na evolving world order. Procedural Aspects of International Law series**. Philadelphia: [s.n.], 1996.

NORMAS fundamentais das Convenções de Genebra e de seus protocolos adicionais. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1983. ONU <<http://www.un.org>>. Acessado em 12/02/2016.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROQUE, Sebastião José. **Direito Internacional Público**, Editora Ícone.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SWINARSKI, Christophe. **Direito Internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana: principais noções e institutos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SWINARSKI, Christophe. **Introdução ao Direito Internacional Humanitário**. Brasília: CICV, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional**. Universidade de Brasília. Brasília, 1981.

TRUYOL Y SERRA, A . **Historia del derecho público**. Madrid: Tecnos, 1998.

TUCK, R. **The rights of war and Peace**. Oxford: Oxford Univesity Press, 1999.