



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Joslai Silva Rutkoski

**Crimes de Guerra e Responsabilidade  
Internacional**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Econômico e Social

Curitiba, fevereiro de 2006



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

**Joslai Silva Rutkoski**

**Crimes de Guerra e Responsabilidade Internacional**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUC-PR como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Flávia Piovesan

Curitiba  
Fevereiro de 2006



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Joslai Silva Rutkoski

## **Crimes de Guerra e Responsabilidade Internacional**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUCPR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Flávia Piovesan**

Orientadora  
Departamento de Ciências Jurídicas – PUCPR

**Prof. Dr. Welber Barral**

Departamento de Ciências Jurídicas - UFSC

**Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Katya Kozicki**

Departamento de Ciências Jurídicas - PUCPR

**Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Claudia Maria Barbosa**

Diretora do Programa de Pós-Graduação em Direito

Curitiba, 17 de fevereiro de 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e da orientadora.

## Joslai Silva Rutkoski

Graduou-se em Pedagogia e Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Especializou-se em Direito Tributário com concentração em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Atua como advogada nas áreas internacional e tributária.

### Ficha Catalográfica

	Rutkoski, Joslai Silva R977c Crimes de guerra e responsabilidade internacional / Joslai
2005	Silva Rutkoski; orientadora, Flávia Piovesan. – 2005. 129 f. ; 30 cm
	Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005
	Inclui bibliografia.
	1. Direito internacional público. 2. Crimes de guerra. 3. Responsabilidade (Direito). 4. Direitos humanos. I. Piovesan, Flávia. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
	Doris -
4. ed.	341.1 341.15 341.12

Para meus familiares José Roberto, Sanlai, Josley,  
Joslayne, Manuel, Joana e para meu esposo  
Marcio. Só Deus para recompensar tanto amor,  
compreensão, estímulo e apoio.

## **Agradecimentos**

A Deus pela minha vida e por esta oportunidade concedida. Ser-Lhe-ei grata eternamente.

Aos meus pais, irmãos e avós pela força, incentivo e orações, certamente foram pessoas determinantes para a realização deste trabalho.

Ao meu esposo Marcio Kuchinski pelo amor, companheirismo e paciência.

Às minhas amigas Camila Campos, Raquel Florêncio e Thatiane Rehme pela atenção e compreensão nos momentos difíceis em que precisaram de mim. Aos meus amigos, colegas de estudo e também padrinhos Martinho Martins Botelho e Márcia Sbaraini pelo apoio, estímulo e ajuda que me prestaram.

Aos meus colegas da PUC-PR.

A todos os amigos e familiares que direta ou indiretamente acreditaram e torceram por mim durante todos esses meses de estudo.

A PUC-PR, pelos auxílios concedidos, sem os quais esse trabalho não poderia ser realizado.

À minha orientadora Flávia Piovesan, pela amizade e sabedoria compartilhadas.

## Resumo

Rutkoski, Joslai Silva; Piovesan, Flávia. **Crimes de Guerra e Responsabilidade Internacional**. Curitiba, 2006. 129p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Os crimes de guerra estão sendo praticados das piores maneiras possíveis sob os olhos e ouvidos de toda a comunidade internacional e acima de qualquer legislação já estabelecida nesse sentido. Verifica-se nesse estudo primeiramente a guerra, sua história e seus doutrinadores, como também a atuação de organismos multinacionais, de Tribunais “*ad hoc*” e do Tribunal Penal Internacional. Partindo desse ponto, analisa-se a classificação dos crimes de guerra e sua atuação e ilicitude no cenário contemporâneo. Sabe-se que a partir do julgamento de Nuremberg, um grande avanço se deu na responsabilização penal do indivíduo causador do dano. O trabalho propõe expor e conscientizar toda a sociedade para a criação de um sistema de responsabilização civil contra os crimes de guerra praticados pelos Estados perpetradores e seus aliados. Tal responsabilização atingiria os Estados em si e não mais o indivíduo que, em quase todos os casos, recebe ordens superiores. A vida, principal bem do ser humano, tem que ser tutelada como um direito fundamental acima de qualquer outro direito. Os crimes de guerra vêm afrontar diretamente a pessoa em todos os seus aspectos, mudando sua vida, a da sua família, da sua comunidade e até de seu país. A luta pelos direitos humanos está diretamente relacionada à proposta de que um outro mundo é possível: mais humanitário, mais solidário e mais justo.

## Palavras-chave

Direito Internacional Público; guerra; crimes de guerra; direito humanitário; organismos multinacionais; tribunais *ad hoc*; Tribunal Penal Internacional; responsabilidade internacional.

## **Abstract**

Rutkoski, Joslai Silva; Piovesan, Flávia. **War Crimes and International Responsibility**. Curitiba, 2006. 129p. MSc. Dissertation – Departamento de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

The war crimes are being practiced in the worse possible ways under the eyes and ears of all the international community and above of any established legislation already in this direction. The war is verified first in this study, its history and its doctrinaires, as also the performance of multinational organisms, of “*Ad Hoc*” Tribunals and the International Criminal Court. Leaving of this point, it is analyzed classification of the war crimes and its performance and illegality in the scene contemporary. One knows that from the judgment of Nuremberg, a great advance if gave in the criminal responsabilization of the individual causing of the damage. The work considers to display and to acquire knowledge all the society for the creation of a system of civil responsabilization against the crimes of war practiced by the States perpetrators and its allies. This responsibility would reach the States in itself not more and the individual that, in almost all the cases, it receives superior orders. The life, main well of the human being, it has that to be tutored person as a basic right above of any another right. The war crimes come to confront the person in all directly its aspects, changing its life, of its family, of its community and even of its country. The fight for the human rights directly is related to the proposal of that one another world is possible: more humanitarian, more solidary and more just.

## **Keywords**

Public International Law, war; war crimes; humanitarian law; multinational organisms; *Ad Hoc* Tribunals; International Criminal Court; international responsibility.

## Sumário

1.	Introdução	11
	<b>PARTE I – DOS CRIMES DE GUERRA</b>	
2.	Histórico dos crimes de guerra	14
3.	O crime da guerra	26
3.1.	A violência	32
4.	A classificação dos crimes de guerra	35
4.1.	O princípio da não-intervenção	41
	<b>PARTE II – DOS CRIMES DE GUERRA NO DIREITO INTERNACIONAL</b>	
5.	Direito Internacional Humanitário	46
6.	Carta da ONU	53
7.	Tribunais “Ad Hoc”	59
8.	Tribunal Penal Internacional	68
	<b>PARTE III – CRIMES DE GUERRA E RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL</b>	
9.	A responsabilidade internacional dos Estados	74
10.	Responsabilidade penal decorrente do crime de guerra	79
11.	Responsabilidade civil decorrente do crime de guerra	83
11.1.	Numa guerra, como saber se um Estado é culpado ou inocente?	86
11.2.	O direito à reparação	100
12.	Conclusão	111
13.	Referências bibliográficas	115

*Respondeu-lhe Jesus: Amarás ao Senhor teu Deus de todo o teu coração, de toda a tua alma, e de todo o teu entendimento. Este é o grande e primeiro mandamento. E o segundo, semelhante a este, é: Amarás ao teu próximo como a ti mesmo. Destes dois mandamentos dependem toda a lei e os profetas.*

*Mateus 22:37-40, Bíblia Sagrada*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda as questões que envolvem os crimes de guerra, localizados nos diversos períodos da história humana, suas relações com o homem e o Estado e as responsabilidades penal e civil deste nos casos de infrações legais ao direito internacional humanitário. Na parte final, é emprestada ênfase à responsabilidade civil do Estado infrator e o dever deste em indenizar tanto o Estado como as pessoas físicas vitimadas, seja numa reparação econômica, seja numa reparação patrimonial.

Trata-se de uma abordagem sobre a vida e a dignidade humanas acima de qualquer coisa. Nesse aspecto, funda-se o direito humanitário.

O tema versa sobre os crimes de guerra, abordando inicialmente sobre a definição da guerra, seus efeitos e suas relações entre as partes conflitantes, onde então adentramos na tipicidade criminal desse direito de guerra, levando-nos às seguintes indagações: “O que são os crimes de guerra?”, “Como defini-los na contemporaneidade?”, “Como são praticados?” e “Como poderemos evitá-los e reprimi-los?”.

A partir dessa breve introdução, são analisados os crimes de guerra no Direito Internacional: histórico; o Direito Internacional Humanitário; a Carta da ONU; os Tribunais *ad hoc* de Nuremberg, Bósnia e Ruanda e, por fim, o Tribunal Penal Internacional e suas atribuições.

Após o estudo da primeira parte do tema, ou seja, dos crimes de guerra, são examinadas num terceiro e final momento, as responsabilidades penal e civil decorrentes desses crimes. Aquela dando enfoque ao Tribunal Penal Internacional e esta à reparação econômica, destacando-se a sua possibilidade e eficácia, bem como sua obrigatoriedade perante todos os países.

Para a realização desse propósito foi feita uma revisão bibliográfica do assunto, em doutrinas nacionais e estrangeiras, bem como de jurisprudências e decisões dos tribunais *ad hoc*, da ONU e de órgãos especializados. Definiram-se questões afetas a tratados e convenções internacionais e nacionais, bem como seus requisitos.

Foram realizadas pesquisas em diversos consulados, além de bibliotecas especializadas das forças armadas brasileiras, internet, documentários, participação em simpósios, palestras, congressos e cursos afins para o

aprimoramento da pesquisa. Além desses recursos, utilizaram-se os oferecidos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná na participação de eventos, disciplinas, grupos de estudos relacionados ao tema e de todo material de apoio necessário. Todas essas atividades em concordância com as normas dessa instituição e sob a supervisão da orientação.

O direito internacional humanitário, que disciplina situações de conflito armado e tece limites éticos e jurídicos à situação de guerra é supranacional. A experiência dos Tribunais penais internacionais do pós-guerra, bem como os novos Tribunais Internacionais ad hoc da ex-Iugoslávia e Ruanda (Aja e de Arusha), culminaram com a adoção do Estatuto de Roma em 1998, que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

O princípio da responsabilidade internacional do Estado é o instituto jurídico em virtude do qual o Estado a que é imputado um ato ilícito segundo o direito internacional deve uma reparação ao Estado contra o qual este ato foi cometido. Observa-se, portanto, que a responsabilidade penal internacional apresenta características próprias em relação à responsabilidade no direito interno, pois ela sempre tem a finalidade de reparar o prejuízo, sendo de Estado para Estado, mesmo quando se tratar de simples particular, a vítima ou o autor do ilícito.

Guerra é um conflito entre duas ou mais forças armadas para impor interesses de um Estado. Mas como justificar um direito para a guerra? Não há tal justificação nos tempos em que vivemos, em que tudo pode ser alcançado com inúmeras tentativas de meios pacíficos e quando, sobretudo, o conflito entre as nações é um ilícito penal internacional.

Com a ajuda dos modernos meios de comunicação, nem se quiséssemos poderíamos deixar passar despercebido as recentes acusações contra as forças armadas da coalizão anglo-americana no Iraque. As imagens de prisioneiros iraquianos maltratados e humilhados foram difundidas, tanto no ocidente quanto no oriente.

Situar esses elementos dentro de um contexto jurídico nos parece uma etapa construtiva, a fim de medirmos a verdadeira dimensão e impacto de vários episódios infelizes.

O fim das hostilidades no Iraque não representa, em absoluto, que o debate acerca da legalidade da ação anglo-americana tenha se esgotado. Ao contrário, ele demonstra que o direito internacional atravessa um momento decisivo.

A rápida e contundente vitória das forças da coalizão lançam uma nuvem de fumaça no desabamento da ordem internacional e no descaso propositado pelo direito, sua principal garantia. Exemplificando, juridicamente o conflito no Iraque, por sua própria natureza, por sua forma de condução e pelos evidentes interesses envolvidos, simboliza o fim do sistema de segurança coletiva internacional, conforme disposto na Carta das Nações Unidas. A crise humanitária é grave, mas a crise decorrente da desconstrução do direito internacional também o é.

Se quisermos que a ordem pacífica e humanitária internacional seja reestruturada, devemos começar a pensar em uma maneira rápida e eficaz de combater as atrocidades cometidas contra pessoas inocentes. Passos enormes já foram concretizados, como a criação dos tribunais “ad hoc” e do Tribunal Penal Internacional. Porém, vemos algum resultado apenas na área penal e não para todos os indiciados.

Há a necessidade de organizar uma estrutura para responsabilizar pessoas e Estados que agirem ilicitamente contra a comunidade internacional, mostrando-se de especial eficácia a responsabilidade civil, que implica a indenização econômica de todos os Estados que guerrearem e daqueles que o apoiarem. Esta responsabilidade civil internacional dos Estados conjuga-se, pois, com a responsabilidade penal internacional dos indivíduos perpetradores dos crimes de guerra, nos termos previsto pelo Estatuto de Roma.

Nesse trabalho estão apenas questões de ordem teórica, pois as questões de ordem prática deverão ser analisadas minuciosamente devido à grande diversificação das nações. Porém, se as mesmas assinaram e se responsabilizaram a defender os direitos humanos e a pessoa humana, não deveria ser tão difícil amenizar de alguma forma os danos sofridos, sendo a maioria desses de valores incalculáveis pela grandeza da destruição, seja ela física, psíquica, moral, ecológica e/ou patrimonial.

## PARTE I – DOS CRIMES DE GUERRA

### 2 HISTÓRICO DOS CRIMES DE GUERRA

A guerra sempre existiu em toda a história da humanidade.<sup>1</sup> Huizinga a colocou no seu estudo sobre o jogo que é “fato mais antigo que a cultura”, lembrando ela que os animais também desenvolvem atividade lúdica.<sup>2</sup> Observa o historiador holandês que “toda luta submetida a regras, devido precisamente a essa limitação, apresenta as características formais do jogo. Podemos considerar a luta como a forma de jogo mais intensa e enérgica, e ao mesmo tempo a mais óbvia e mais primitiva”.<sup>3</sup>

Gluckmann escreve “as guerras pereceram nas guerras de religião, os marxismos se entredevoram, permanece a religião que venceu, o monoteísmo da guerra”.<sup>4</sup> A guerra é uma constante, mas também é permanente a tentativa do homem em humanizá-la, tentativa que pode-se dizer, com um mínimo de margem de erro, sempre fracassada. Só há um meio de a guerra se humanizar, e é suprimindo-a.

A história demonstra a luta incessante pelo Direito no sentido de regulamentar a guerra visando a sua humanização.

O *jus ad bellum* é a justiça do guerrear e o *jus in bello* é a justiça no guerrear.<sup>5</sup> Aquele exige que se faça julgamentos sobre agressão e autodefesa e este sobre o cumprimento ou a violação das normas costumeiras e positivas de combate. Porém, é perfeitamente possível que uma guerra justa seja travada de modo injusto e que uma guerra injusta seja travada em estrita conformidade com as normas.

---

<sup>1</sup> FABBRO, D. cita a existência de sociedades pacíficas como os semai da Malaia (Peaceful Societies. In: *The War System: Na Interdisciplinary Approach*. Colorado: Westview Press, 1980, p. 180 et. seq.). Weber estuda a luta nos “conceitos sociológicos fundamentais” e a considera uma “relação social” (WEBER, M. *Sociologie du Droit*. t. 1. Paris: PUF, 1986, p. 31 et. seq.).

<sup>2</sup> HUIZINGA, J., *Homo Ludens. O Jogo como Elemento da Cultura*. Trad. João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora da USP e Editora Perspectiva, 1971, p. 3.

<sup>3</sup> Ibid, J., op. cit., p. 101. Um outro apologista da guerra foi Nietzsche que escreveu não ser a “boa causa que santifica a guerra, mas a boa guerra que santifica qualquer causa”, (NIETZSCHE, F. W., *Ainsi parlait Zarathoustra*. Trad. Maurice Betz. Paris: Lê Livre de Poche, 1968, p. 119). No século XV “a guerra alcançou o caráter de uma arte” (BURCKHARDT, J., *O Renascimento Italiano*. Trad. Antônio Borges Coelho. São Paulo: Martins Fontes, 1973, p. 82)

<sup>4</sup> Europe 2004 incluído na obra *Le Discours de la Guerre*, 1979, p. 16.

<sup>5</sup> WALZER, M., *Just and unjust wars. A moral argument with historical illustrations*, New York: Ed. Basic Books, 1977, p. 21 e RANGEL, V. M. Direito Internacional e leis da guerra. In: *Segurança e Desenvolvimento*, ano 28, nr. 174, 1979, p. 21.

Rezek salienta que o *‘jus in bello*, o direito aplicável na guerra, era, pois aquele acervo normativo cujo entendimento não tinha a ver com a idéia preliminar do *jus ad bellum*, o chamado direito à guerra, o direito de fazer a guerra quando esta parecesse justa”.<sup>6</sup>

O professor Celso de Albuquerque Mello dá uma preciosa lição sobre esses dois institutos:

O *‘jus ad bellum’* (direito à guerra) sofreu uma profunda transformação através da História. Ele não era monopólio de um poder dentro do estado, mas os poderosos se consideravam como tendo o direito de declarar a guerra. Eram as guerras privadas. Só no final do século XVI é que Gentil defende o conceito de guerra sendo aquela luta travada pelas armas públicas. Assim o Estado passou a ser o titular dele em virtude do fortalecimento do poder central, a afirmação da soberania. Esta teve como grande formulador a Bodin (século XVI). Este autor foi influenciado pelas guerras de religião que assolavam a França. Concentrar o *‘jus ad bellum’* nas mãos do estado e deste no seu poder central foi um meio de se diminuir as guerras.

(...)

O *‘jus in bello’* é a regulamentação da guerra. 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. A transformação do direito de guerra de costumeiro em convencional. 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 elaborada por Lieber a pedido de Lincoln durante a Guerra de Secessão.<sup>7</sup>

Na Grécia e em Roma já se encontrava a definição de causas que ocasionavam a “guerra legítima” e na ausência dessas causas a guerra “era considerada irregular e proibida pelo direito e pela religião” sendo punida pelos deuses.<sup>8</sup> É na Idade Média com a filosofia cristã medieval<sup>9</sup> que vai ser desenvolvida a análise intrínseca da justiça da guerra, culminando em Santo Tomás de Aquino na *‘Summa Theologica’*, que sistematiza os ensinamentos de

---

<sup>6</sup> REZEK, J. F., *Direito Internacional Público: curso elementar*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 371.

<sup>7</sup> MELLO, C. D. D. A., *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 118 et. seq.

<sup>8</sup> PHILLIPSON, C., *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*. vol. II. Londres: Macmillan and Co Limited, 1911, p. 167.

<sup>9</sup> A doutrina de Jesus era essencialmente pacífica; na verdade, o Evangelho não condenava a guerra de uma maneira absoluta, mas o ensinamento cristão era instintivamente contrário ao emprego da força e, nos primeiros séculos, a guerra encontrou nos Pais da Igreja rudes adversários.

Santo Agostinho e afirma que para a guerra ser justa é necessária a reunião de três elementos: a) a autoridade do príncipe que declara a guerra; b) a justa causa; e c) a intenção reta. A guerra deve ter por fim o bem comum.<sup>10</sup>

O pensamento basilar de Santo Agostinho iluminou toda a Idade Média, e sobre ele foi construída a doutrina da Igreja sobre a guerra justa. Durante séculos, foi ela, a guerra justa, a grande preocupação de teólogos, juristas, políticos, militares, advogados e canonistas.<sup>11</sup>

O conceito da guerra justa<sup>12</sup> como um ato de punição é muito antigo, embora nem os procedimentos nem as formas de punição tenham jamais sido estabelecidos no direito internacional positivo ou consuetudinário, pois não são perfeitamente claros seus objetivos.

Para o professor Funck-Brentano, “o estado de paz resulta do entendimento mútuo dos Estados, enquanto o estado de guerra resulta da impossibilidade desse entendimento”.<sup>13</sup>

Millet, no seu estudo monográfico sobre a agressividade humana, não podia deixar de referir-se à sociologia da guerra. Focaliza o autor:

De resto, quando se fala em paz ou tratado de paz, designa-se alguma coisa que se assemelha à trégua: o armistício. Por sua natureza, a paz constitui uma ordem justa e deve facultar meios de neutralizar as oposições, o que até hoje nunca aconteceu. Povos esmagados, por um período determinado, foram constrangidos a aceitar a lei do vencedor. Os que não foram aniquilados prepararam-se sempre para a vingança. Esta pode tardar, mas surge um momento em que a força se desloca, em que o vencedor de ontem declina, ao passo que o vencido se reconstitui. A História é feita dessas transposições.<sup>14</sup>

Como essas reflexões se tornaram cada vez mais abundantes e a história ganhou um caráter cada vez mais crítico, a necessidade de se apoiar em princípios e regras fez-se sentir imperiosamente, a fim de que a controvérsia e as opiniões em luta pudessem levar a alguma conclusão.

---

<sup>10</sup> AQUINO, T., *The Summa Theologica*. vol. V. London: Burns Oates & Washbourne, 1980, p. 2361 et. seq.; VANDERPOL, A., *La Doctrine Scolastique du Droit de Guerre*. Paris: A. Pedone, 1925.

<sup>11</sup> OPPENHEIM, L.; LAUTERPACHT, H., *International Law. A Treatise*. London: Ed. By L. Oppenheim; Longmans, Green and Co., 8. ed., 1955, p. 76 et. seq.

<sup>12</sup> Os primeiros que assim sustentaram foram os teólogos e canonistas. S. Agostinho atribuía justa toda a guerra defensiva, pois tem esta por fim a própria defesa e conservação de um povo.

<sup>13</sup> FUNCK-BRETANO, Th.; SOREL, A., *Précis de Droit des Gens*. Paris: Plon, 1900, p. 213.

<sup>14</sup> LOUIS, M., *L'agressivité*. Paris: Ed. Universitaires, 1970, p. 108.

Tentou-se, pois, estabelecer princípios, regras e até mesmo sistemas relativos à condução da guerra. Fixou-se assim um objetivo positivo, esquecendo-se as infinitas dificuldades que a esse respeito a guerra apresenta.

Os teóricos, tendo rapidamente pressentido as dificuldades do tema, sentiram-se autorizados a eludi-lo edificando uma vez mais os seus princípios e sistemas sobre os objetos materiais e uma atividade unilateral.

Em 1946, Gaston Bouthoul designou como *Polemologia* – utilizando os elementos gregos *polemos* (guerra) e *logos* (tratado) – a ciência que tem como objetivo estudar a motivação, as causas e os efeitos da guerra como fenômeno social.<sup>15</sup>

Antes do século dezoito, a teorização sobre as relações internacionais limitava-se à descrição da paz e da guerra como fases que se alternavam interminavelmente ou como comparação de forças entre potências políticas rivais. As únicas exceções possíveis a este ciclo eram de dois tipos. Havia o sonho de um império universal no qual, após a conquista, seria estabelecida a paz duradoura por todo o “mundo conhecido”; e havia o pesadelo de um mundo completamente tomado pela guerra entre os povos e no seio dos povos, de uma “época de tragédias” tão generalizadas que nenhum aspecto da vida humana ficaria incólume.

Para muitos, a história da humanidade nada mais é que um relato de batalhas entre povos rivais em luta pela hegemonia regional ou mundial, razão porque o fenômeno guerra deve ser estudado à luz dos fatos históricos, sociais, biológicos, políticos e jurídicos.

Examinando-se a história dos povos primitivos, toda ela imbuída de forte influência religiosa, nota-se que a belona era uma constante em todos eles. Ao lado da história, os livros religiosos e a própria mitologia se antecupam com os conflitos bélicos. Os deuses gregos e romanos pelejam entre si e os livros sagrados de todos os povos relatam encontros cruéis, lutas de extermínio e guerras contínuas.

A história do povo eleito do Senhor representa uma sucessiva mostra panorâmica de lutas incessantes com o objetivo sagrado – a sua libertação do jugo dos povos que o haviam dominado ou, então, o relato das guerras travadas pela

---

<sup>15</sup> BOUTHOU, G., *A Guerra*. Trad. de Geraldo Gerson de Sousa. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1964.

conquista da Terra Prometida e, alcançada esta, os conflitos não terminam, pois é uma obrigação combater os inimigos externos que ameaçam a independência do Estado.

A guerra entre os hebreus era o resultado da vontade de Deus e nela a crueldade para com os povos inimigos vencidos representava uma obediência às ordens do Criador.

Em Deuteronômio, lê-sez que, alcançada a vitória contra os inimigos, os hebreus deviam exterminá-los “sem que ficasse um só” (Capítulo 7, versículo 2).<sup>16</sup>

Entre os hebreus, o Deuteronômio (Capítulo 20, versículo 10) previa que “não se pode atacar um inimigo qualquer sem tê-lo previamente convidado a uma conferência para regulamentar a paz”. E as práticas bélicas eram regulamentadas (Capítulo 20, versículos 11 e 14), pois em caso de saque de uma cidade era vedado matar, pois que “se fossem aceitas as condições de paz nenhum inimigo poderia ser morto”.

A teoria da Igreja reconhece que a guerra não pode ser desejada ou tampouco combatida, como um fim em si mesma. Mas, pode ser admitida como forma e último recurso para a construção da paz. Com raciocínios dessa ordem foi construída a doutrina da Igreja sobre a justiça e injustiça da guerra.<sup>17</sup>

Na Antigüidade, a guerra era uma luta entre povos rivais. Todos os habitantes dos países em luta eram beligerantes e a guerra visava ao extermínio dos derrotados nos campos de batalha. O Estado vencido era anexado ao vitorioso, que transformava em escravos os sobreviventes vencidos.

Na Antigüidade e mesmo no período medieval os exércitos beligerantes viviam do saque e da pilhagem das cidades conquistadas. A guerra era então extremamente desumana, no entanto, não deixavam de existir relações de amizade entre povos.

Em Roma, a guerra era justa ou injusta, conforme fossem observadas as formalidades previstas nas suas tradições e nas suas idéias religiosas.

Na Itália do Renascimento, as guerras eram travadas por soldados mercenários, em parte como empreitada comercial, em parte como especulação

---

<sup>16</sup> “... e quando o Senhor teu Deus tas tiver entregue, e as ferires, totalmente as destruirás; não farás com elas pacto algum, nem terás piedade delas”. Bíblia Sagrada. Trad. de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1991.

<sup>17</sup> SCHIMITT, M. N., The confluence of law morality. Thoughts on just war. In: *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*. Bruxelles, nr. 31, 1992, p. 295 et. seq.

política. As cidades-Estado e principados precisavam confiar nesse tipo de homem porque não havia espaço na cultura política da época para uma coação efetiva. Não havia exércitos recrutados, a atividade guerreira era muito limitada, já que os soldados eram caros e cada exército representava um considerável investimento de capital. O combate passava a ser em grande parte uma manobra tática; o confronto físico era raro; relativamente poucos soldados eram mortos. As guerras tinham que ser vencidas mais pela engenhosidade e astúcia que pelo próprio entrechoque das armas.<sup>18</sup>

Com o nascimento do Estado Moderno, que deu em resultado a criação dos exércitos permanentes, a guerra tem nova concepção, a luta apenas entre as forças combatentes.

Nas guerras havidas na ordem contemporânea, não há mais respeito aos não-combatentes, às populações pacíficas que são dizimadas pelas bombas destruidoras, jogadas do alto. Cidades são arrasadas pelos projéteis que os aviões despejam em vôos sucessivos, enquanto nos mares os navios mercantes inimigos ou neutros são destruídos, sem o menor aviso quer pelos submarinos inimigos que surgem de repente, quer ao contato com as minas lançadas, indistintamente.

A técnica e a ciência postas à disposição da destruição criam novas armas, cada vez mais poderosas, que destroem cidades inteiras, atingindo milhares de vítimas, como em Hiroshima e Nagasaki.

Vários foram os pensadores que emitiram suas opiniões a respeito do fenômeno guerra. Se esta tem os seus críticos, arregimenta também os seus entusiastas. Se uns afirmam que a guerra traz para a humanidade, com todos os seus efeitos, atrocidades, outros alegam que ela é indispensável ao progresso do mundo e que muitas guerras concorreram para o desenvolvimento da civilização e da cultura.

Para Joseph de Maistre, um teórico da Igreja, a guerra é divina na glória misteriosa que a cerca, não podendo as nações que vivem em estado de natureza, resolver seus conflitos por outro meio que não seja a beligerância.<sup>19</sup>

Kant concordava com Rousseau que a guerra era um mal intolerável, e que era preciso tomar medidas para a extinção das guerras entre os Estados que diziam

---

<sup>18</sup> Citado em FULLER, J.F.C., "The Conduct of War", 1789-1961 (s.l., 1968), p. 16.

<sup>19</sup> CALOGEROPOULOS-STRATIS, S. *Le recours à la force dans la société internationale*. Paris: L. G. D. J., 1986, nota 5, p. 22.

lutar por “seus direitos”; concordava também com Rousseau que o estabelecimento de uma forte federação européia, mesmo que teoricamente capaz de pôr um fim às guerras entre seus membros, era impossível no campo prático. Kant insistia que o reconhecimento da necessidade de uma paz perpétua entre as nações era necessário como primeiro passo para qualquer progresso real na direção de uma ordem internacional regida por leis; e que acreditar na possibilidade de uma moderação progressiva e uma limitação das guerras, sem aceitar o objetivo da paz perpétua, era um engano ainda mais rigoroso.<sup>20</sup>

Este mesmo filósofo encarava a guerra como o maior mal que assolava a humanidade, e em certa passagem chega a ponto de descrever a guerra como a fonte de todos os males e de toda a corrupção moral do mundo.<sup>21</sup> Segundo a opinião de Kant, todas as guerras, indistintamente, são condenadas pela Razão, por sua manifesta “antilegalidade”.

O Marxismo não considera a guerra, em geral, como intrinsecamente má ou irracional; aprova as guerras cuja finalidade, por exemplo, é libertar as classes ou raças oprimidas, e desaprova aquelas de objetivo oposto a este. Segundo o Marxismo, a guerra só tem sentido quando relacionada e subordinada a outras mudanças profundas na organização das forças produtivas. O Marxismo pretende explicar a paz e a guerra normalmente consideradas extremos, absolutas e opostas, como efeitos calculáveis e graduáveis de mudanças profundas na organização da força produtiva das sociedades.

O holandês Hugo Grócio diz que a guerra é um evento internacional de viva força e a definiu de dois modos: de modo geral ela é o estado de luta pela força e no sentido estrito como o estado entre os povos livres de luta pela força.<sup>22</sup> Ele se apresenta ao mundo moderno como o fundador da ciência do direito da natureza e das gentes e é chamado o pai do direito internacional.<sup>23</sup>

Grócio, seguido pela maioria dos tratados modernos, rumou seus estudos do direito das gentes pela trilha do ecletismo,<sup>24</sup> assentando o direito natural nos usos,

---

<sup>20</sup> GALLIE, W. B. *Os Filósofos da Paz e da Guerra*. Trad. Silvia Rangel. Brasília: Universidade de Brasília, 1979, p. 30 et. seq.

<sup>21</sup> KANT, I. *Kant: Political Writings*, org. Hans Reiss, Cambridge University Press, 1970, p. 183.

<sup>22</sup> CATHREIN, V., *Philosophia moralis*. Friburgi Brisg.: Herder, 1955, p. 505.

<sup>23</sup> LIMA, A. A., *Introdução ao direito moderno*. Rio de Janeiro: Centro D. Vital, 1933.

<sup>24</sup> Abordagem filosófica que consiste na apropriação das melhores teses ou elementos dos diversos sistemas quando são conciliáveis, em vez de edificar um sistema novo. Nasceu na Escola de Victor Cousin (1792-1867); o objetivo desta filosofia é, segundo o seu autor, discernir entre o verdadeiro e o falso nas diversas doutrinas e, após um processo de depuração e separação através da análise e

tratados e relações positivas que fazem o objeto exclusivo da escola histórico-prática. Alguns princípios da obra de Grócio foram consagrados no Tratado de Westphalia,<sup>25</sup> assinado definitivamente aos 24 de outubro de 1648, pelo qual se encerrou a guerra dos trinta anos. Com esse sopro de paz na Europa tem-se estabelecido o ponto de partida do moderno direito das gentes. Esse tratado é denominado a carta fundamental dos povos europeus. Oriundos daquela guerra ocorreram o reconhecimento da independência da Holanda, da confederação Suíça, dos 355 Estados que formaram a confederação alemã; assistia-se, pela primeira vez na história do mundo, a um congresso de Estados soberanos, num mesmo plano de igualdade e resolvendo as questões internacionais por anuência das partes.

Séculos após, Lauterpacht inspirava-se diretamente em Grócio, quando sentenciava não ser possível alcançar certa regulamentação sobre a conduta da guerra, se ela própria não fosse reconhecida pelo direito.<sup>26</sup>

Karl Von Clausewitz, pai da estratégia moderna, o influente diretor da Escola de Guerra da Prússia, autor de diversas obras militares lobrigando uma função política do exército, expendia conceito tal que a guerra nada mais era do que a continuação das negociações políticas com a intervenção de outros meios, considerando-a um meio sério para alcançar um fim sério. Eis sua definição: “A guerra é, pois um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se à nossa vontade”.<sup>27</sup> E mais adiante demonstra seu entusiasmo quanto à guerra e a idéia de que ela só será ganha através do uso físico e da inteligência de quem a utiliza:

As almas filantrópicas poderiam então facilmente julgar que existe uma maneira artificial de desarmar e derrotar o adversário sem verter demasiado sangue, e que é para isso que tende a verdadeira arte da guerra. Por mais desejável que isso pareça, é um erro que é preciso eliminar. Num assunto tão perigoso como é a guerra, os erros devido à bondade da alma são precisamente a pior das coisas. Como o uso da força física na sua integralidade não exclui de modo nenhum a colaboração da inteligência, aquele que se utiliza sem piedade desta força e

---

da dialética, reuni-las num todo legítimo, com vista à obtenção de uma doutrina melhor e mais vasta.

<sup>25</sup> Este tratado reafirmou o princípio de soberania dos Estados, trazendo o conceito de soberania territorial e delimitando a idéia de nação.

<sup>26</sup> LAUTERPACHT, H., *International law: collected papers*. London: Cambridge University Press, vol. I, 1970.

<sup>27</sup> CLAUSEWITZ, C. V., *Da Guerra*. Trad. Maria Teresa Ramos. São Paulo: M. Fontes, 1996, p. 7.

não recua perante nenhuma efusão de sangue ganhará vantagens sobre o seu adversário se este não agir da mesma forma.<sup>28</sup>

Segundo Noldin é a luta de um povo contra outro estrangeiro para o que a autoridade pública julga bem comum.<sup>29</sup>

Para Funck-Brentano e Albert Sorel é o ato político pelo qual os Estados não podendo conciliar o que eles crêem ser seus deveres, seus direitos e seus interesses, recorrem à luta armada e procuram que esta luta decida qual dentre eles, o mais forte, poderá em virtude de sua força impor aos outros sua vontade.<sup>30</sup>

Por Lafayette Pereira é definida a guerra como o “emprego da força física por uma nação para coagir outra se submeter à solução que reputa justa, a controvérsia ou litígio entre elas existente”.<sup>31</sup>

Clóvis Bevilacqua define-a como a luta armada entre dois ou mais Estados para resolver um conflito levantado entre eles.<sup>32</sup>

Hermes Marcelo Huck escreve que “a guerra é um ato social que pressupõe um conflito de vontades entre coletividades politicamente organizadas, cada uma delas buscando prevalecer sobre a outra”.<sup>33</sup>

Giacomo Macrì expõe seu ponto de vista definindo a guerra como “o estado de duas ou mais sociedades independentes, no qual se defende ou reivindica com força adequada, um direito público injustamente ofendido”.<sup>34</sup>

Jean-Jacques Rousseau, no seu Contrato Social referiu-se ao conflito bélico nos seguintes termos: “A guerra não é absolutamente uma relação do homem para o homem, mas uma relação de Estado para Estado, onde os particulares não são inimigos senão acidentalmente, não como homens, nem como cidadãos, mas como soldados; não como membros da pátria, mas como seus defensores”.<sup>35</sup>

O professor Friedmann Wendpap preceitua que “a guerra é o meio para resolver as controvérsias, pois o vencedor dita o que entende ser direito e, se

---

<sup>28</sup> CLAUSEWITZ, C. V., op. cit., p. 8.

<sup>29</sup> NOLDIN, H., *Summa Theologicae Moralis*. Paru: Oeniponte, 1923, p. 377.

<sup>30</sup> FUNCK-BRENTANO, T.; SOREL, A., *Précis du Droit des Gens*. 3. ed. Paris: E. Plon e cie, 1900, p. 233.

<sup>31</sup> PEREIRA, L. R., *Princípios de Direito Internacional*, tomo II, Rio de Janeiro: Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1903, p. 55.

<sup>32</sup> BEVILAQUA, C. *Direito Internacional Público*, 2. v., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1911, p. 259.

<sup>33</sup> HUCK, H. M., *Da guerra justa à guerra econômica: uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 9.

<sup>34</sup> GIACOMO, M., *Teorica Del Diritto Internazionale*. 2. v. Messina: D'Angelo, 1844, p. 238.

<sup>35</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat Social*. Paris: Mignot, s/d, p. 15.

estabilizar a situação, cria o fato consumado com o qual o mundo se acomodará”.

36

Definirei a guerra para o estudo desse trabalho como uma ação histórica da humanidade que busca, através de algum tipo de agressão (física, moral, econômica, religiosa, ética, dentre outras) um bem maior para o Estado agressor, que mesmo em tempos contemporâneos e culturas distintas, desrespeitam os próprios tratados que assumem e, principalmente, corroboram com as atrocidades cometidas.

Embora a guerra seja o modo violento dos Estados resolverem suas diferenças, deixando de lado as soluções diplomáticas e jurídicas, ela está sujeita à certas regras, costumeiras e convencionais, que constroem os beligerantes a observar determinadas regras e que constituem o chamado Direito de Guerra.

O Pacto constitutivo da Liga ou Sociedade das Nações, reconhecido como primeira manifestação objetiva dos sonhadores da paz mundial, prevendo a inevitabilidade da guerra, consigna em seu artigo 10º o compromisso do respeito mútuo e da defesa contra qualquer agressão externa, além da integridade territorial e da independência política de todos os seus membros.<sup>37</sup>

Em 27 de agosto de 1928, foi assinado o Pacto de Paris ou Pacto Briand-Kellogg, sobre renúncia à guerra. Também em 1928, foi firmado o Ato Geral de Arbitragem de Genebra, sobre a solução pacífica de controvérsias internacionais, que serviu de base à Conferência de Desarmamento de 1932. Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a Carta da ONU condenou a Guerra, admitindo, apenas, o direito natural de legítima defesa, individual ou coletiva.<sup>38</sup>

No século XIX as regras jurídicas sobre a matéria são as contidas em três importantes Convenções. A Convenção Relativa aos Militares Feridos nos Campos de Batalha, de 22 de agosto de 1864. A Convenção sobre Leis e Costumes de Guerra, de 29 de julho de 1899. E a Convenção para Adaptar a

---

<sup>36</sup> WENDPAP, F., Homo Homini Iudex. In: *Direito Internacional no Cenário Contemporâneo*. Wagner Menezes (org.). Curitiba: Juruá, 2003, p. 92.

<sup>37</sup> A íntegra está disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/his919.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

<sup>38</sup> A íntegra do tratado está disponível em <<http://www2.mre.gov.br/dai/renguerra.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2005. Art. 51 da Carta da ONU assim estabelece: “Nenhuma disposição do presente Estatuto prejudica o direito natural de auto-tutela individual ou coletiva, no caso em que tenha lugar um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança não tenha tomado as medidas necessárias para manter a paz e a segurança internacional”.

Guerra Marítima à Convenção de Genebra, de 1864, também de 29 de julho de 1899. O Brasil aderiu a todas essas Convenções. Há, ainda, no setor normativo, a Declaração de São Petersburgo, sobre Proscrição, em Tempo de Guerra, do Uso de Projéteis Explosivos ou Inflamáveis, em 29 de novembro de 1868.

No século XX, temos a Convenção para Melhorar a Sorte dos Feridos e Enfermos nos Exércitos em Campanha, de 6 de julho de 1906 e as grandes Convenções de Genebra, de 1949, envolvendo prisioneiros de guerra, feridos e enfermos na guerra terrestre; feridos, enfermos e náufragos na guerra marítima e a proteção de civis, conforme referido acima.

O Direito de Haia emanou da Conferência de Paz, de 1907, através da Convenção sobre as Leis e Usos da Guerra Terrestre; da Convenção para Adaptação à Guerra Marítima dos Princípios da Convenção de Genebra; da Convenção Concernente ao Bombardeamento por Forças Navais em Tempo de Guerra; da Convenção Relativa ao Rompimento de Hostilidades e da Declaração relativa à Proibição de Lançamento de Projéteis e Explosivos de Balões. O Brasil aderiu a todas as citadas Convenções.<sup>39</sup>

Em 1920 surgiram o Protocolo de Genebra sobre a Proibição de Uso Na Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos ou Similares e de Mísseis Bacteriológicos, de 17 de junho de 1925<sup>40</sup>. A Convenção de Genebra, de 27 de julho de 1929, para Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos nos Exércitos em Campanha<sup>41</sup> e a Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra<sup>42</sup>. O Brasil também aderiu a todas elas.

Outras normas internacionais complementam o quadro traçado pelas Convenções de Genebra. É o caso da Conferência de Teerã sobre Direitos Humanos, de 1968. Da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Proibições ou Restrições ao uso de Certas Armas Convencionais, de 1980. Da Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção e Estocagem de Armas Bacteriológicas e à Base de Toxinas e sua Destruição, de 1972. Da Convenção sobre a Proibição do Uso de Técnicas de Modificação Ambiental para Fins Militares ou Quaisquer Outros Fins Hostis, de 1977. E, finalmente, da

---

<sup>39</sup> Todas essas Convenções foram assinadas na data de 18/10/1907 e promulgadas pelo Decreto n.º 10.719 de 04/02/1914.

<sup>40</sup> Assinada em 17/06/1925 e promulgada pelo Decreto n.º 67.200 de 15/09/1970.

<sup>41</sup> Assinada em 27/07/1929 e promulgada pelo Decreto n.º 22.435 de 07/02/1933.

<sup>42</sup> Assinada em 12/08/1949 e promulgada pelo Decreto n.º 42.121 de 21/08/1957.

Convenção para a Proteção de Bens Culturais em caso de Conflito Armado, de 1954.

Portanto, a partir da Declaração de 1948 foram criados outros instrumentos de proteção dela derivados, de caráter geral ou específico, os quais, juntamente com a proteção fornecida internamente pelas legislações de cada Estado e pelos documentos firmados em nível regional, passam a formar o que o professor Cançado Trindade denomina de Direito dos Direitos Humanos.<sup>43</sup>

No mundo de hoje há um novo sistema global sendo criado e uma nova forma de fazer a guerra, no entanto até agora poucas inovações correspondentes na maneira pela qual se tenta fazer a paz.

---

<sup>43</sup> Antônio Cançado Trindade, em apresentação à obra de Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. Segundo o autor, o Direito dos Direitos Humanos engloba as normas internas e as normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, as quais se complementam e interagem de modo a oferecer o mecanismo mais eficaz de proteção. Outrossim, inexistente qualquer hierarquia formal entre elas, pois a finalidade almejada é de assegurar aos mais fracos, justamente aqueles que delas necessitam, o conteúdo que se demonstre mais completo para atender a seus anseios de acordo com o contexto fático em que estão inseridos.

### 3

## O CRIME DA GUERRA

A guerra permanece como tema importante no debate entre ética e direito. A discussão se tem acirrado, mesmo em anos mais recentes, e têm sido constantes os ataques às teorias realistas ou neomaquiavélicas, segundo as quais as relações entre Estados e, particularmente o evento da guerra, não podem ser suscetíveis de aplicação de categorias morais.<sup>44</sup>

Quando se analisa a guerra, pensa-se primeiramente em quais foram os motivos para que um Estado tenha para lutar, se estes são justos ou injustos; e, em segundo lugar, quais os meios que adotam se de modo justo ou de modo injusto.

É evidente que as forças morais não devem ser omitidas, porquanto o estado de alma repercute de modo decisivo nas forças de guerra.

Para Celso de Albuquerque Mello, crimes de guerra são aqueles “praticados durante os conflitos armados e que violam as normas de conduta dos beligerantes fixadas pelo Direito Internacional Público”.<sup>45</sup>

Howard Levie assinala que já as convenções de Genebra da Cruz Vermelha (1906) e de Haia para a adaptação à guerra marítima dos princípios da convenção de Genebra (1907) determinavam aos Estados de promulgarem legislação para punirem o uso indevido dos sinais de proteção.<sup>46</sup> Assim, o artigo 21 da citada convenção de Haia já estipulava:

As Potências signatárias comprometem-se igualmente a tomar ou a propor às suas legislaturas, em caso de insuficiência de suas leis penais, as medidas necessárias para reprimir em tempo de guerra os atos individuais de saqueio e de mau tratamento dos feridos e enfermos das marinhas, bem como para punir, como usurpação das insígnias militares, o uso abusivo dos signos distintivos... por navios não protegidos pela presente Convenção.

Entretanto, foi após a 2ª Guerra Mundial que o conceito de crime de guerra veio a se desenvolver e consolidar.

O Estatuto do Tribunal de Nuremberg determina no artigo 6º como crimes de guerra:

Isto é, violações de leis e costumes de guerra. Essas violações compreendem, sem serem limitadas nas leis e costumes, o

---

<sup>44</sup> Ver discussão sobre o tema em WALZER, M., op. cit.

<sup>45</sup> MELLO, C. D. D. A., op. cit., p. 421.

<sup>46</sup> LEVIE, H. S. *Terrorism in War. The Law of War Crimes*. Nova York: Oceana Publications Inc., 1993, p. 1.

assassinato, maus-tratos ou deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim, das populações civis nos territórios ocupados, assassinato ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas no mar, execução de reféns, pilhagem de bens públicos ou privados, destruição sem motivo de cidades e aldeias, ou devastações que as exigências militares não justifiquem.

Em 1950, a Comissão de Direito Internacional cumprindo determinação da Assembléia Geral formulou os princípios do Direito Internacional, reconhecidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e o julgamento do Tribunal. Entre os princípios formulados está o seguinte:

Os crimes aqui mencionados são puníveis como crimes perante o Direito Internacional:

...

b) Crimes de guerra:

violação de leis e costumes de guerra compreendendo, mas não se limitando aos assassinatos, maus-tratos ou deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim, das populações civis e/ou em territórios ocupados, assassinato ou maus-tratos de prisioneiros de guerra, de pessoas no mar, execução de reféns, pilhagem de propriedade pública ou privada, destruição sem motivo de cidade, vilas ou aldeias ou devastação não justificada por necessidade militar.

O Manual de Direito de Conduta na Guerra Terrestre das Forças Armadas dos Estados Unidos de 1956 estatui que “o termo ‘crime de guerra’ é a expressão técnica para a violação do direito de guerra por qualquer pessoa ou pessoas, militares ou civis. Toda violação do direito de guerra é um crime de guerra”.<sup>47</sup>

O Estatuto de Roma de 17 de julho de 1998 estabeleceu em seu artigo 8º, § 2º as ações que constituem crimes de guerra.<sup>48</sup>

Tais crimes podem ser consagrados em normas convencionais e costumeiras. Eles são condenados no plano ético e religioso, bem como tem por efeito degradar os propósitos dos beligerantes, enfraquece a disciplina nas forças armadas ou pode provocar represálias.

A questão de existir ou não meios de se tornar efetiva a norma jurídica internacional não faz com que ele deixe de existir.

Existe uma sociedade internacional de Estados independentes. Esta sociedade internacional tem uma lei que estabelece os direitos de seus membros. Qualquer uso da força ou ameaça iminente de uso da força por parte de um Estado

---

<sup>47</sup> *Apud* LEVIE, H. S., *op. cit.*, 1993, p. 2.

<sup>48</sup> Disponível em <<http://www.un.org/spanish/law/icc>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

contra a soberania política ou a integridade territorial de outro Estado constitui agressão e é um ato criminoso.

No cenário contemporâneo, a agressão justifica dois tipos de reação violenta: uma guerra em legítima defesa por parte da vítima e uma guerra para fazer vigorar a lei por parte da vítima e qualquer outro membro da sociedade internacional.

Com o fim da Guerra Fria e a queda dos muros que separavam o mundo do leste dos Estados do oeste, e muito particularmente com a experiência da Guerra do Golfo, que fortaleceu a ONU e seu Conselho de Segurança, pode-se ter uma expectativa mais otimista em relação ao futuro da Organização e, no que se refere à legítima defesa dos Estados, como forma excepcional e temporária de uso da força armada.

Para Hermes Marcelo Huck a “legítima defesa implica o uso da força, sem caracterizar necessariamente a existência da guerra”.<sup>49</sup>

A proibição do uso da força no direito internacional, que marca a necessidade de definição de novos conceitos para a legítima defesa, surge a partir da Sociedade das Nações e torna-se absoluta com o Pacto Briand-Kellog, cabendo à Carta das Nações Unidas a tarefa de dar formas definitivas ao direito positivo moderno no que tange às restrições impostas ao uso da força pelos Estados.

O direito internacional costumeiro, em determinadas situações, deu ensejo a uma interpretação extensiva e ampla para as hipóteses de legítima defesa, nela abrigando o conceito de autoproteção, permitindo que a mesma fosse alegada, por exemplo, em nome da defesa de direitos ofendidos, ainda que não se constatasse, na oportunidade, o uso de força armada, pelo suposto agressor.<sup>50</sup>

Admitindo o exercício preventivo de defesa, o direito costumeiro impunha à legítima defesa o critério da proporcionalidade no uso da força de reação. O recurso legítimo à força, para que assim se mantivesse, deveria ser proporcional à agressão sofrida. A proporcionalidade se tornou requisito essencial para fundamentar a defesa legítima contra atos de agressão.

Na discussão teórica da proporcionalidade, se já causavam dúvidas as propostas para o uso de força militar contra agressões econômicas, mais

---

<sup>49</sup> HUCK, H. M., op. cit., p. 168 e WALDOCK, C. H. M., The regulation of the use of force by individual states in international law. In: *Recueil des Cours*, vol. II, 1952, p. 457.

<sup>50</sup> BROWNIE, I., *International law and the use of force by states*. Oxford: Clarendon Press, 1963, p. 256.

perplexidade gerava a hipótese de reação com armas nucleares contra um ataque feito com armas convencionais.

O artigo 51 da Carta da ONU reconhece o direito à legítima defesa, na ocorrência de um ataque armado e até que o Conselho de Segurança venha a tomar as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais.

Outra linha de argumentação favorável à legítima defesa preventiva vai buscar amparo na redação do artigo 2.4 da Carta<sup>51</sup>, que proíbe o uso da força desde que utilizada contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou ainda de outra forma incompatível com os princípios das Nações Unidas. Ora, a legítima defesa preventiva não visa atingir a integridade territorial ou muito menos a independência política do outro Estado, buscando apenas proteção contra um ataque potencial e iminente, porém ainda não ocorrido.

Seu objetivo é a defesa dos direitos fundamentais do Estado quando falham ou tardam os sistemas de defesa institucionais; constitui exceção ao uso da força, numa ordem jurídica internacional, em que tal recurso foi proibido.

A legítima defesa, para seu exercício, não pode prescindir de uma prévia agressão armada e deve ter duração provisória.

Quando as pessoas falam em travar uma guerra contra a guerra é geralmente isso o que têm em mente. A máxima na sociedade de cada país é punir o crime para evitar a violência; sua correspondente em termos internacionais é punir a agressão para evitar a guerra.

Giovanni Legnano, professor em Bolonha durante o século XIV, discorre um tratado sobre a guerra, onde procura examinar a legalidade do uso da força. Para Legnano, a guerra é parte inevitável da criação, um verdadeiro remédio divino para os graves males do mundo.<sup>52</sup>

Para Bobbio, uma guerra pode ser obrigatória, quando além de não ser proibida é igualmente necessária.<sup>53</sup> A guerra obrigatória e lícita tornou-se tema de acaloradas discussões, mormente ao ensejo da guerra do Golfo em 1991 e do

---

<sup>51</sup> O § 4º do art. 2º da Carta enuncia que: “Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objetivos das Nações Unidas”.

<sup>52</sup> BROWNLIE, I., op. cit., p. 7.

<sup>53</sup> Bobbio, N., *Una Guerra giusta? Sul conflitto Del golfo*. Venezia: Marsilio Editori, 1991, nota 7, p. 14.

Iraque em 2003. No calor de uma grande tensão internacional, Bobbio fez uma importante declaração à imprensa, afirmando que a guerra contra o Iraque, para a retomada dos territórios do Kuwait, era justa. Uma avassaladora corrente de críticas levantou-se, e Bobbio acabou por rever parcialmente sua posição.

Com justiça, Bobbio lembra Kelsen, em 1944, no livro *A Paz através do Direito*, publicado nos momentos finais da Segunda Guerra, mas antes da assinatura da Carta das Nações Unidas, declarava como princípio basilar do direito internacional que a guerra somente é permitida como reação a um dano sofrido, ou seja, como sanção, e que toda a guerra que não tivesse tal característica deveria ser considerada como um delito, uma violação do direito internacional. Essa distinção reaparece logo a seguir, na Carta da ONU, que prevê a legítima defesa individual ou coletiva como forma de restabelecer a ordem internacional violada, sempre sob a supervisão do Conselho de Segurança.<sup>54</sup>

Não se tem como vencer e nem deveria se vencer a guerra, pois a única forma disponível envolve uma guerra contra civis. A luta contra eles é uma luta injusta, além de ser uma luta que somente pode ser travada de forma injusta. As normas são desrespeitadas em nome da causa. Os direitos dos inocentes possuem a mesma eficácia moral, seja diante de soldados justos, seja de injustos. A própria existência de uma comunidade pode estar em jogo.

A responsabilidade legal para os crimes de guerra é uma questão de normas definidas, procedimentos bem conhecidos e juízes detentores de autoridade.

As leis de guerra são radicalmente incompletas. Juízes de reconhecida competência raramente são chamados a julgar. Na realidade, costuma haver motivos de prudência para não convocá-los, pois mesmo decisões judiciais bem elaboradas, em certos momentos na história da sociedade internacional, têm probabilidade de ser entendidas apenas como atos de crueldade e vingança. A lei deve fornecer algum recurso quando nossos valores morais mais profundos estão sendo atacados com selvageria. No entanto, esses processos de modo algum esgotam o terreno do julgamento.<sup>55</sup>

Os juristas nem sempre incentivam a busca de erros escondidos por trás da luta. Até época recente eles sustentaram que “atos de Estado” não podem ser

---

<sup>54</sup> BOBBIO, N., op. cit., nota 7, p. 56.

<sup>55</sup> Veja a sugestão LEVINSON, S., “*Responsability for Crimes of War*”, vol. 2, *Philosophy and Public Affairs*, 1973, p. 270 et. seq.

crimes de indivíduos. As razões legais para essa recusa encontram-se na teoria da soberania, como era compreendida no passado.<sup>56</sup>

Existe, entretanto, outra versão mais informal dessa doutrina que não se refere à soberania da comunidade política, mas sim, à representatividade de seus líderes que atuam em nome de outras pessoas e com efeitos de ampla abrangência.

O mau uso da lei e da moral é comum em tempos de guerra e por isso precisa-se ter cuidado não só a punir líderes políticos pelas guerras que travam, mas também ao estigmatizá-los.

Atos de Estados também são atos de pessoas como indivíduos e, quando assumem a forma de guerra de agressão, determinados indivíduos são criminalmente responsáveis. Nem sempre transparece quem exatamente e quantas são essas pessoas, mas faz sentido começar pelo Chefe do Estado e pelos homens e mulheres de seu círculo imediato, que realmente controlam o governo e tomam as principais decisões.

A guerra como solução de uma controvérsia entre dois ou mais Estados é um ato contrário ao Direito das Gentes<sup>57</sup> e por isso mesmo constitui um crime contra as normas jurídicas existentes e obrigatórias para os membros da Comunidade Internacional.

Assim complementa Funck-Bretano que:

O direito das gentes em tempo de guerra não tem possibilidade de apagar-se ou aperfeiçoar-se senão à medida que as nações adquirirem moralidade superior e produzam homens mais esclarecidos e mais inteligentes. Trata-se de um progresso lento, intermitente, desigual, mesmo entre nações que parecem quase igualmente civilizadas. Quanto às nações de civilizações diferentes, é impossível que absorvam os mesmos direitos das gentes em tempo de paz. Também os Estados que estiveram em guerra com povos de origem e civilizações mais diversas, sentiram-se como os Franceses na África, os Ingleses na Índia, os Russos no Cáucaso e no Turquestão, na necessidade de praticar um direito das gentes adequado ao estágio intelectual e moral das nações que combatiam.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Argumentava-se que Estados soberanos por definição não reconhecem nada que lhes seja superior e não aceitam julgamentos externos. Por esse motivo, não há como provar a criminalidade de atos atribuídos ao Estado, ou seja, efetuados por autoridades reconhecidas no cumprimento de seus deveres oficiais.

<sup>57</sup> ARAÚJO, L. I. A define o direito das gentes como o “conjunto de regras jurídicas – consuetudinárias e convencionais – que determinam os direitos e deveres, na órbita internacional, dos Estados, das Organizações Internacionais, que obtiverem personalidade por acordo entre Estados, e dos indivíduos”. Curso de Direito dos Conflitos Interestaciais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 176.

<sup>58</sup> FUNCK-BRETANO, T.; SOREL, A., ob. cit., p. 214 et. seq.

### 3.1. A violência

Para o apropriado enfoque dos crimes de guerra, necessário se faz que se analise a violência no contexto da guerra.

A violência praticada continuamente e sem reservas na guerra, está profundamente associada a sua prática e, como inúmeras vezes já se constatou as guerras entre nações civilizadas não são necessariamente menos cruéis do que aquelas travadas entre tribos selvagens.<sup>59</sup>

Não existe guerra sem violência, mas é possível imaginar violência exagerada, desmedida, prescindível para o alcance da finalidade que é a vitória. Nas palavras de Mário Pessoa “na guerra, o humano é humano só por ser menos desumano”.<sup>60</sup>

Na mesma linha de pensamento, Bluntschli reage às puras concepções militaristas, pois mesmo admitindo que atos de bravura e coragem, e até manifestações de virtude, podem aparecer durante a guerra, não pode passar sem nota o ódio selvagem de homens contra homens, o triste espetáculo de indivíduos possuídos pela ânsia de destruir, pelo desejo de pilhar, de fazer correr sangue, concluindo, com certa dramaticidade, que os cantos de vitória lhe soavam como uivos de lobos ou rugidos de um leão faminto.<sup>61</sup>

Bases de natureza moral e jurídica passam a ser elaboradas para justificar o uso da violência. Exauridas as tentativas pacíficas e persistindo a divergência, ficariam os Estados legitimados para recorrer às armas, condicionando-se esse recurso à defesa de sua autonomia, sua segurança, ou mesmo sua honra, como teorizava Fauchille.

Reconhecendo a violência da guerra, Gentili preocupa-se em poupar mulheres, crianças e religiosos desse flagelo, fundando seus argumentos não em motivos religiosos, mas em razões puramente humanitárias. Pouco reconhecido e considerado em seu tempo, as idéias desenvolvidas por Gentili foram de importância decisiva no processo de libertação do direito internacional de sua

---

<sup>59</sup> ARON, R., *Peace and war. A theory of international relations*. New York: Ed. Anchor Press/Doubleday, 1973, p. 19.

<sup>60</sup> PESSOA, M., *Leis da Guerra e Armas Nucleares*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, co-edição com Editora Revista dos Tribunais, 1969.

<sup>61</sup> CALOGEROPOLOS-STRATIS, S., *op. cit.*, nota 5, p. 23.

vinculação exclusivamente teológica, impondo maior ênfase em seus aspectos jurídicos, que passaram a preponderar sobre as razões de ordem moral.<sup>62</sup>

Lafayette, escrevendo no começo do século XX, afirmou que:

Os antigos publicistas sustentavam que segundo o Direito Natural é permitido tirar a vida a todos os súditos do inimigo combatentes ou não combatentes, em combate ou fora de combate, e consideravam os temperamentos e limites que esse direito sofre na prática, como simples obra do Direito Internacional positivo. Uma semelhante opinião é absolutamente errônea, e contrária de frente aos princípios do Direito Natural, - Direito que tem por fonte a razão, segundo a qual a faculdade de tirar a vida do inimigo só é um direito, quando o exige a necessidade de realizar-se o fim da guerra. As condições que o Direito Internacional positivo requer hoje para o exercício de tal direito não são senão a consagração prática das máximas do Direito Natural.<sup>63</sup>

Hegel acredita que “até na guerra a possibilidade de paz é preservada; os parlamentares são, por exemplo, respeitados e, em geral, nada é feito contra as instituições internas de cada Estado, contra a vida familiar do tempo de paz nem contra as pessoas privadas”.<sup>64</sup>

O uso da violência destruidora, atingindo inclusive inocentes, para coibir uma injustiça, surge como uma reação despropositada e desproporcional ao dano causado ou à ofensa sofrida.

Nessa condição, a guerra não pode ser analisada como ato isolado de violência, pois implica um complexo processo de interação, a despeito do confronto entre os beligerantes.

Se o elemento violência é inato ao conceito de guerra, inequivocadamente ela é também um ato social, envolvendo profundas conseqüências políticas.

As diversas fases da guerra tornaram-se parte de um moto contínuo de relacionamento internacional. É um processo que pretende ser racionalmente calculado, cujo maior risco incide na possibilidade de perda do controle político do próprio processo. Nessa hipótese, a violência pode degenerar e livre de qualquer controle levar o conflito militar a um estado de guerra absoluta, de que falam os teóricos.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> MERON, T., Shakespeare's Henry the Fifth and the law of war. *In: The American Journal of International Law*, vol. 86, I, Jan. 1992, p. 8.

<sup>63</sup> PEREIRA, L. R., op. cit., p. 107.

<sup>64</sup> HEGEL, W. F., *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães Editores, 1990, p. 310.

<sup>65</sup> ARON, R., op. cit., nota 2, p. 21 et. seq.

É inerente às sociedades anárquicas a idéia do homem fazendo justiça com as próprias mãos, recorrendo à força para combater o que julga ser uma injustiça, para impor sua vontade, para brigar por um espaço vital, para garantir sua sobrevivência ou ainda para fazer valer o que entende ser seu direito. O conceito de soberania nasce dessa visão anárquica, fundada no livre e ilimitado uso da força pelo Estado.

Não se faz mister um esforço maior para demonstrar que o uso unilateral da violência pelo Estado, como conseqüência de sua soberania ilimitada, apresenta-se como um conceito diametralmente oposto ao de uma sociedade internacional juridicamente organizada.

A experiência da 2ª Guerra Mundial indica que somente a força, levada às últimas conseqüências do derramamento de sangue, foi capaz de derrotar o agressor e restaurar a ordem mundial profundamente abalada. Por outro lado, as lições da Guerra Fria, demonstram que, após meio século de duração, terminou ela sem o uso da violência bélica. Nas palavras de Bobbio: “Pode-se vencer mesmo sem combater, esperando com paciência a rendição do inimigo. No fim de tudo, Stalin morreu e até o muro de Berlim acabou caindo”.<sup>66</sup>

Todas as vezes que um Estado usa a violência declarando uma guerra, o argumento sempre presente é o da defesa preventiva, como uma resposta antecipada ao potencial poder de agressão do outro.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> BOBBIO, N., op. cit., nota 7, p. 28.

<sup>67</sup> Agressão é o nome dado ao crime de guerra. Conhece-se o crime graças ao conhecimento da paz que ele interrompe – não a mera ausência de conflito, mas a paz com direitos, uma condição de liberdade e segurança que pode existir somente na ausência da agressão em si. O mal que o agressor comete é o de forçar homens e mulheres a arriscar a vida em defesa de seus direitos. É o de confrontá-los com a escolha: os direitos ou a vida. Grupos de cidadãos reagem de modos diferentes a essa escolha, alguns se rendendo, alguns lutando, dependendo da condição material e moral de seu Estado e do exército. Mas eles sempre têm justificativa para lutar, e, na maioria dos casos, considerando-se a escolha cruel, lutar é a reação de preferência em termos morais. Os atos equivalentes na violência interna de um país a assalto à mão armada, extorsão, tentativa de homicídio, assassinato em todos os seus graus têm apenas um nome. Todas as violações da integridade territorial ou da soberania política de um Estado independente são denominadas agressão.

## 4

### A CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES DE GUERRA

Em consequência da Segunda Guerra Mundial e antes mesmo de seu término, ficou estabelecido pelos vencedores que os assim chamados criminosos de guerra seriam julgados por um Tribunal Militar Internacional, que foi criado pelo Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945. Assinado pela Inglaterra, Estados Unidos, União Soviética e França, esse Acordo se fundamentou na Declaração de Moscou de 1º de novembro de 1943, em que figuraram somente os três primeiros Estados acima citados.

Esses crimes foram divididos em três categorias: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a Humanidade.

Em síntese, os primeiros compreenderam o planejamento, a iniciação ou execução de guerra de agressão e de guerra contrária a acordos internacionais. Os segundos incidiram sobre a violação de leis e costumes de guerra. E os terceiros, sobre atos inumanos cometidos contra aglomerações civis e perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos.

Assim, são crimes de guerra, conforme o Protocolo I de Genebra<sup>68</sup> se for cometidos contra pessoas ou contra os bens protegidos, os seguintes atos:

- o homicídio intencional;
- a tortura incluídos os tratados inumanos, grandes sofrimentos ou de atentar contra a integridade física;
- toda missão deliberada que ponha gravemente em perigo a integridade física ou mental de uma pessoa, em poder de uma parte contrária daquela da que depende;
- a deportação ou os deslocamentos ilegais;
- a detenção ilegal;
- o fato de obrigar a uma pessoa protegida a servir nas forças armadas da potência inimiga;
- privar uma pessoa do seu direito de ser julgada regular e imparcialmente, segundo as prescrições das Convenções e dos Protocolos;
- a tomada de reféns;

---

<sup>68</sup> Art. 85, al. 5 do Protocolo I.

- a destruição e apropriação não justificada de bens por necessidades militares, realizadas de maneira arbitrária.

Também constituem crimes de guerra os seguintes atos, se são cometidos de maneira intencional e se ocasionam morte ou prejudicam gravemente a integridade física ou a saúde dos protegidos:

- os ataques contra a população civil, contra pessoas civis e contra os bens civis, os ataques indiscriminados ou os ataques contra obras ou instalações que contenham forças perigosas, com o conhecimento que esse ataque causará perdas de vidas humanas, feridos entre as pessoas civis ou danos a bens civis que sejam excessivos em relação com a vantagem militar concreta e direta prevista;
- os ataques contra pessoas reconhecidas fora de combate;
- o uso pérfido do signo da Cruz Vermelha ou de outros signos protetores reconhecidos.

Classificam-se também como infrações graves<sup>69</sup> as seguintes atuações:

- o deslocamento pelo Estado ocupante de parte da própria população civil ao território que ocupa;
- a deportação da totalidade ou de uma parte da população desse território;
- toda demora injustificada na repatriação de prisioneiros de guerra ou de pessoas civis;
- a prática do *apartheid* e de outras práticas análogas;
- os ataques dirigidos contra os bens culturais claramente reconhecidos.

A primeira e mais óbvia função da repressão de violações de uma norma de direito é a de castigar o infrator, mas também de advertir aos que poderiam infringir a lei no sentido de prevenir comportamentos proibidos.

A prevenção geral, ou seja, a formação do cidadão de maneira tal que ele próprio adapte sua conduta às pautas que não lesionem seus congêneres, é procurada pelo direito mediante a certeza, que em todos gera, de que qualquer lesão alheia deve ser reparada. Eis a razão de que a sanção jurídica não necessariamente recaia sobre o autor da lesão, senão que pode recair sobre outros, tais como seus sucessores, sócios, etc. A prevenção especial é a que tem lugar

---

<sup>69</sup> Entendem-se por infrações graves qualquer um dos atos que as Convenções e o Protocolo I de Genebra estipulam como tais, de maneira exaustiva, o que significa que a classificação de um comportamento que constitui uma infração grave não depende de um ditame jurisdicional, mas sim que seja determinado como tal pelo próprio dispositivo dos Tratados de Genebra.

quando ao cidadão não lhe foi suficiente essa certeza geral no dever de reparar, sendo sua conduta considerada pelo direito como absolutamente intolerável, não porque imprescindivelmente importe uma lesão de maior gravidade, mas porque manifesta uma particular falta de adaptação aos valores fundamentais da coexistência, o que requer que ele seja re-socializado, ou seja, seja realocado na sociedade, suficientemente motivado como para que não realize condutas análogas.<sup>70</sup>

Durante a Segunda Guerra Mundial, a Força Aérea da França Livre realizou ataques de bombardeio contra alvos militares na França ocupada. Inevitavelmente, suas bombas mataram franceses que trabalhavam sob coação para o esforço alemão de guerra e aqueles que apenas moravam na vizinhança das fábricas atacadas.<sup>71</sup>

Uma companhia de soldados norte-americanos entrou num povoado vietnamita (My Lai) onde esperava encontrar combatentes inimigos, encontrou apenas civis, velhos, mulheres e crianças e começou a matá-los, fuzilando-os isoladamente ou reunindo-os em grupos, sem dar atenção a seu óbvio desamparo e a seus pedidos de misericórdia, só parando depois de ter assassinado entre quatrocentos e quinhentas pessoas. Foi alegada em defesa desses soldados que eles agiram não no calor da batalha (não houve batalha alguma), mas no contexto de uma guerra brutal e brutalizante que era de fato, embora não em termos oficiais, uma guerra contra o povo vietnamita como um todo. Nessa guerra, prossegue a argumentação, esses soldados tinham sido incentivados a matar sem discriminar com cuidado e incentivados por seus próprios oficiais e levados a isso pelos inimigos que lutavam e se escondiam em meio à população civil.<sup>72</sup>

A Guerra de 5 de junho de 1967 começou com o ataque surpresa de Israel aos aeroportos egípcios. Este ataque relâmpago foi seguido pela invasão e ocupação da Faixa de Gaza, a Península do Sinai, a Cidade Velha de Jerusalém, a

---

<sup>70</sup> ZAFFARONI, E.R.; CA VALLERO, J. R., *Derecho Penal Militar*. Ariel: Buenos Aires, 1980, p. 39.

<sup>71</sup> Citado do texto publicado do documentário de OPHULS, M., *"The Sorrow and the Pity"*. Nova York: Berkley Windhover Books, 1972, p. 131. Ver também o caso do ataque em Vemork na Noruega citado por GALLAGHER, T. em *"Assault in Norway"*. Nova York: Harcourt Brace Jovanovich, 1975, p. 19 passim.

<sup>72</sup> HERSH, S., *My Lai 4: A Report on the Massacre and its Aftermath*. Nova York: Random House, 1970; veja também COOPER, D., Responsibility and the 'System' In: *Individual and Collective Responsibility: the Massacre at My Lai*, org. Peter French, Cambridge, Mass, 1972, p. 83 et. seq.

Margem Ocidental do Jordão e da região de Gola, na Síria. Apesar da emissão de quatro ordens de cessar-fogo, pelo Conselho de Segurança da ONU, a invasão dos territórios árabes só parou depois de Israel ter alcançado substancialmente seus objetivos territoriais.

A invasão do Panamá pelos Estados Unidos em 1989, denominada de Operação Justa Causa, foi um ato de força armada, sem qualquer justificativa de legítima defesa e desprovida de deliberação das Nações Unidas e de seu Conselho de Segurança.

A manobra foi resultado de uma exclusiva decisão individual dos Estados Unidos e as razões alegadas foram: a) proteger a vida de cidadãos norte-americanos, b) salvaguardar os direitos decorrentes do Acordo do Canal do Panamá, c) restaurar o governo democrático local e d) combater o tráfico de drogas.

A invasão foi de imediato comunicada às Nações Unidas e condenada pelo Conselho de Segurança, como violadora das normas de direito internacional.

A invasão do Kuwait, em 1990, alarmou a sociedade internacional devido ao nítido desrespeito às legislações internacionais, inclusive, no que se refere à necessidade de uma declaração de guerra. Naquela oportunidade, causou grande surpresa a declaração feita pelo Secretário-Geral da ONU a um jornal francês, posteriormente reproduzida pela imprensa mundial, de que a invasão do território do Kuwait pelas tropas internacionais, que visavam a expulsão das forças do Iraque, não era apenas uma guerra da ONU, mas antes de tudo era uma “guerra legal”.<sup>73</sup> O Iraque agrediu o Kuwait e sofreu a repressão decisiva da sociedade internacional. Definir o conceito de agressão entendê-lo de forma juridicamente inequívoca passou a ser uma necessidade para a segurança das relações internacionais, razão pela qual inúmeros juristas se têm debruçado sobre ela.<sup>74</sup>

A imediata e eficaz reação da comunidade internacional, que isolou Bagdá, demonstrou que o fundamento do uso da força para corrigir alegadas injustiças do passado era de todo inaceitável. A Resolução 660 do Conselho de Segurança, de 2 de agosto de 1990, condenou a invasão, sem que houvesse um voto sequer em

---

<sup>73</sup> J. Perez de Cuellar, em declaração feita ao jornal *Le Monde*, publicada em 9 de fevereiro de 1991.

<sup>74</sup> THOMAS, A. V. W.; THOMAS JR., A. J., *The concept of agresión in international law*. Dallas: South Methodist University Press, 1972, p. 4.

contrário de qualquer dos Membros do Conselho.<sup>75</sup> Posteriormente, no mesmo caso, a Resolução 678, de 30 de novembro do mesmo ano, autorizou o uso da força para recuperar o território invadido, caso o Iraque não o abandonasse até o dia 15 de janeiro de 1991. Ante a persistência do Iraque em permanecer nos territórios invadidos, uma bem sucedida operação militar iniciou-se em 17 de janeiro daquele ano.

A defesa coletiva, como se viu na Guerra do Golfo, outorga aos Estados o direito de reunirem-se ao Estado agredido, com o objetivo de garantir-lhe a preservação da independência política e integridade territorial.

Em 16 de outubro de 1998, encontrando-se internado em uma clínica inglesa em decorrência de uma intervenção cirúrgica, o general Augusto Pinochet Ugarte, ex-Chefe de Estado e então senador vitalício da República do Chile, foi detido por agentes da Scotland Yard em decorrência de um mandado internacional de prisão expedido pelo juiz espanhol Baltasar Garzón, que deu origem a um processo para sua extradição junto ao governo da Grã-Bretanha, com base na prática, pelo general, de crimes de tortura, genocídio, tomada de reféns e desaparecimento de cidadãos espanhóis no Chile durante o período em que se manteve no poder, entre 1973 e 1989.<sup>76</sup>

Dentre outros fundamentos que embasaram a acusação no julgamento, foi afirmado que os crimes cometidos eram crimes segundo o Direito Internacional em virtude de sua gravidade e, portanto, sua proibição adquiriu o caráter de *jus cogens*<sup>77</sup>, sobrepondo-se e afastando assim o secular princípio da imunidade estatal criado por força do costume internacional.

---

<sup>75</sup> A Resolução 660 do Conselho de Segurança foi adotada por 14 votos a favor contra nenhum contra, constando apenas a abstenção do Iêmen. *In: International Legal Materials*, nr. 29, 1990, p. 1323.

<sup>76</sup> O governo Pinochet se caracterizou por uma perseguição feroz a seus opositores tanto dentro do território chileno, praticando crimes bárbaros que foram desde a prática de tortura até o desaparecimento de mais de três mil pessoas, como fora de seus limites territoriais através da chamada Operação Condor, uma estratégia de repressão arquitetada pelo serviço secreto do Chile e integrado pelos serviços de inteligência de outros cinco regimes militares (Brasil, Argentina, Bolívia, Paraguai e Uruguai), objetivando uma operação conjunta para a troca de informações, perseguições e capturas de adversários políticos (O Vôo do Condor. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, 21 maio 2000, Internacional, p. 22).

<sup>77</sup> Pela importância dos valores que protegem e representam para a humanidade, algumas proibições, tais como a da prática de tortura, desenvolveram-se para se tornar uma regra de *jus cogens*, isto é, uma norma hierarquicamente superior aos tratados ou mesmo ao direito costumeiro internacional; conseqüentemente, não pode ser ela derogada pelos Estados, seja por normas costumeiras, seja por seu direito interno ou por meio de quaisquer regras princípios que não tenham o mesmo caráter peremptório. Conforme o artigo 53 da Convenção de Viena de 1969, de acordo com o qual “*uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e*

Outro exemplo histórico sobre os crimes de guerra e sua classificação no cenário contemporâneo foi o ataque terrorista nos Estados Unidos da América no ano de 2002.

Em setembro de 2002, o presidente Bush declarou às Nações Unidas que Saddam Hussein representava uma grande ameaça ao mundo, e que se a Organização não agisse, os Estados Unidos tomariam uma atitude, ainda que sozinhos.

Um mês depois, em outubro, Saddam Hussein autorizou a volta dos inspetores de armas da ONU ao país. Durante os meses seguintes, os inspetores deram início às pesquisas no Iraque. Depois de vencido o prazo para permanência, os inspetores alegaram precisar de mais tempo.

Entretanto, os serviços secretos americanos e britânicos afirmaram terem provas suficientes de que Saddam desenvolvia armas de destruição em massa, e apresentaram estas provas para outros países que insistiram que as evidências eram insuficientes.

Após meses de tentativas, os Estados Unidos desistiram de trabalhar junto à ONU para encontrar uma saída diplomática para os problemas. Bush estabeleceu um prazo até o dia 17 de março para que os membros do Conselho de Segurança da Organização concordassem com as ações contra o Iraque. Porém, o presidente americano deixou claro que a guerra começaria logo, com ou sem a aprovação do Conselho. Com efeito, os Estados Unidos e a Grã-Bretanha declararam guerra sem o aval das Nações Unidas.

Em 19 de março, Bush assinou uma declaração de guerra, e no final do mesmo dia, as forças americanas com o apoio inglês iniciaram o ataque ao Iraque.

Todas as tentativas do governo americano de justificar a ofensiva contra o Iraque não encontram nenhuma sustentação no direito internacional e em nenhuma resolução da ONU, ao contrário, passou por cima da Organização das Nações Unidas, colocando-a numa situação delicada do ponto de vista internacional.

---

*reconhecida pela comunidade internacional de Estados em seu conjunto como norma que não admite acordo em contrário e que só pode ser modificada por uma norma posterior de Direito Internacional geral que tenha o mesmo caráter”.*

Discussões importantes se têm colocado em relação à guerra, quanto ao papel que a ONU desempenhará a partir deste momento e quanto à responsabilidade internacional frente à esses crimes.

Todo o mundo pôde presenciar, através da mídia, além de todas as mortes injustificadas de civis iraquianos, o total desrespeito às Convenções de Genebra ao tratar os prisioneiros de guerra como se eles não possuíssem nenhum direito.

#### **4.1. O princípio da não-intervenção**

O estudo da intervenção é extremamente difícil. Pode-se dizer que ele pertence à Política e não ao Direito. O que o Direito Internacional Público conhece é o princípio da não intervenção violado pelos Estados.<sup>78</sup>

A doutrina tem feito este princípio datar de Kant que estabeleceu no seu “Projeto de Paz Perpétua”, de 1795, o seguinte princípio: “Nenhum Estado deve se imiscuir pela força na constituição e governo de um outro Estado”.

É o 5º dos artigos preliminares que é seguido de comentário em que o filósofo alemão observa que mesmo em “conflito interior ainda não resolvido... (a) ingerência de potências estrangeiras seria uma lesão dos direitos de um povo lutando somente contra seu sofrimento interior, e não dependendo de nenhum outro; isto seria dar lugar a um escândalo e tornar incerta a autonomia de todos os Estados”.<sup>79</sup>

O fundamento da não intervenção é a soberania dos Estados e, em conseqüência, a igualdade jurídica dos Estados na sociedade internacional. Qualquer intervenção, armada, diplomática ou econômica, é uma restrição à soberania do Estado.

A Carta da ONU consagra o princípio de não intervenção ao estabelecer no artigo 2º:

---

<sup>78</sup> Afirma ROUSSEAU, C., *Le droit des conflits armes*. Paris: Ed. A. Pedone, 1983, p. 101 que a pedido do Pentágono o Instituto Brookings realizou um estudo, publicado em janeiro de 1977, em que declara que “os Estados Unidos teriam realizado intervenção militarmente ou teriam ameaçado de intervir 215 vezes depois do fim da 2ª Guerra Mundial”.

<sup>79</sup> KANT, E., *Projet de Paix Perpétuelle*. Trad.: J. Gibelin. Paris : Librairie Philosophique J. Vrin, 1947, p. 8.

A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1º, <sup>80</sup> agirão de acordo com os seguintes princípios:

(...)

6. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

O que se pretende mostrar é que a ONU consagra o respeito a jurisdição doméstica dos Estados e a “intervenção” é vedada. É claro que a palavra intervenção precisou ser entendida em sentido estrito para que a ONU pudesse realizar os seus fins. Entretanto, isto não significa que os Estados possam agir nas suas relações recíprocas do mesmo modo, tendo em vista que a ONU age em nome dos interesses da sociedade internacional.

A Carta estabelece no artigo 2º, alínea 4: “Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas”.

Um dos mais antigos pretextos que se tem alegado para a intervenção é o humanitário, visando a proteção dos direitos do homem. Estes, apesar de sua internacionalização, não geraram nenhum direito que permita a um Estado ou grupo de Estados se tornarem seu defensor. Este tipo de intervenção não é novo e já existia no século XIX. Um de seus defensores é Brownlie que a sustenta para a “implementação efetiva dos direitos do homem”. <sup>81</sup> Esta posição parece contrariar o artigo 1º do Pacto de Direitos Humanos, concluído sob os auspícios da ONU, em 1966: “1. Todos os povos têm o direito de livre determinação. Em virtude deste direito estabelecem livremente sua condição política e dispõem eles mesmos sobre o seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

O problema geral é que a intervenção, mesmo quando justificada, mesmo quando necessária para impedir crimes terríveis, mesmo quando não representa ameaça para a estabilidade regional ou global, é um dever imperfeito – um dever que não cabe ao agente em particular. Alguém deveria intervir, mas nenhum

---

<sup>80</sup> O artigo 1º consagra, entre outros propósitos, a “igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos”.

<sup>81</sup> BROWNLIE, I., *Humanitarian intervention*. In: *Law and civil war in the modern world*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1974, p. 227.

Estado específico na sociedade dos Estados está moralmente obrigado a tal. E em muitos desses casos, nenhum intervém. As pessoas são realmente capazes de observar, escutar e nada fazer.

Pode-se observar em favor da crítica a denominada intervenção humanitária é que, no mundo de hoje, não se consegue dissociar a política de direitos do homem da política em geral. De qualquer modo, deve-se reconhecer que este pretexto está na “ordem do dia” e tem sido utilizado pelos mais diferentes Estados, como pelos Estados Unidos em São Domingos (1965) e no Iraque (2003), pela Turquia em Chipre (1974), pela Síria no Líbano (1976), etc.<sup>82</sup> Ele será sempre utilizado como pretexto para uma imposição de natureza política bem mais ampla.

Um outro argumento utilizado para legalizar a intervenção é o de legítima defesa. Esta posição foi defendida por Norton Moore para justificar a assistência dos Estados Unidos ao governo do Vietnã do Sul.<sup>83</sup> É verdade que o internacionalista norte-americano sustentava que os dois Vietnãs eram na realidade duas entidades internacionais. Por outro lado, reconhecia que a guerra do Vietnã do Norte tinha suporte interno no Vietnã do Sul. Este defendeu a aplicação da legítima defesa individual ou coletiva consagrada na Carta da ONU em seu artigo 51. Lembrou ainda que o Conselho de Segurança pode ser paralizado pelo veto. Para Norton Moore a legítima defesa coletiva não pressupõe necessariamente um acordo regional de defesa. Alega ainda que os Estados Unidos estivessem agindo no interesse da auto-determinação.

Os Estados Unidos não é a única grande potência a praticar intervenção, também o fez a ex-União Soviética<sup>84</sup> e pode-se lembrar a doutrina Brejnev, que foi formulada para justificar a intervenção das tropas do Pacto de Varsóvia, em

---

<sup>82</sup> ALIBERT, C., *Du droit de se faire justice dans la société internationale depuis 1945*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 250 passim. Esta internacionalista cita como exemplo de intervenção humanitária consagrada em tratado o caso do tratado de garantia de 1959 em relação a Chipre e concluído pela Grã-Bretanha, Grécia e Turquia em que os contratantes se asseguram o direito de intervirem para garantir a ordem estabelecida no tratado.

<sup>83</sup> MOORE, J. N., *The Lawfulness of Military Assistance to the Republic of Viet-Nam*. In: *The Vietnam War and International Law*, org. Richard A. Falk, vol. I, 1968, p. 237 et seq., especialmente p. 240, 247, 249 e 270.

<sup>84</sup> Sobre a visão de não intervenção que seria adotada pela ex-URSS ver: OUCHAKOV, N., *La compétence interne des états et la non-intervention dans le droit international contemporain*. Recueil des Cours – Hague Academy of International Law, vol. 141, 1974, p. 1 et seq. É de se recordar que a não intervenção faz parte do Direito Internacional Socialista. Assim figura no Tratado de Panch Sila de 1954 entre China e Índia, bem como nos princípios da coexistência pacífica formulados pelo Partido Comunista da ex-URSS. Está igualmente no artigo 29 da Constituição Soviética de 1977.

1968, na Tchecoslováquia. Parece que o seu verdadeiro formulador foi Kovalev. Ela sustenta que os Partidos Comunistas além de serem responsáveis por seus povos também o são pelo movimento socialista como um todo. Nenhum país pode prejudicar o movimento socialista. Em nome do socialismo a ex-URSS determinava a intervenção, vez que ela tem o controle do movimento socialista e do Pacto de Varsóvia. Bretton e Chaudet salientam com toda razão a semelhança entre a Doutrina Brejnev e a Doutrina Johnson no sentido de que ambas visam a limitar a soberania dos Estados, uma em nome da defesa do socialismo e outra em nome da luta contra o comunismo.

No que se refere à intervenção em negócios de outros Estados, tem sido ela condenada pelo direito costumeiro, como igualmente por várias manifestações de organizações internacionais e das Nações Unidas. O artigo 5º da Carta da Organização dos Estados Americanos proíbe qualquer tipo de intervenção nos assuntos internos ou internacionais de outro Estado e a Resolução 2131, adotada em 1965 pela Assembléia Geral da ONU foi incisiva na condenação, considerando ilegal qualquer forma de intervenção, armada ou não, que viesse a atingir a personalidade do Estado ou de seus elementos políticos, econômicos ou culturais.<sup>85</sup>

Igualmente, represálias coletivas, mediante intervenção, contra um determinado Estado, por ter ele violado qualquer norma de direito internacional, por exemplo, podem ser consideradas um tipo de intervenção legal.<sup>86</sup>

Nem todas as formas de interferência são necessariamente uma violação do direito internacional, sendo admitidos como lícitos atos de persuasão de um Estado contra outro, em busca da solução de interesses conflitantes. As relações internacionais são uma constante troca de pressões entre Estados, na busca de melhores condições de barganha para cada um deles. Entretanto, quando a persuasão transforma-se em interferência forçada nos assuntos internos, sem o consentimento do Estado, a persuasão aceitável torna-se intervenção inaceitável.

87

---

<sup>85</sup> United Nations Doc. A/RES/2131, adotada pelo plenário da Assembléia Geral, em sessão de 26 de dezembro de 1965, sem nenhum voto contrário e apenas uma abstenção.

<sup>86</sup> THOMAS & THOMAS, op. cit., nota 8, p. 72.

<sup>87</sup> LIPSKY, S., The legitimacy of economic coercion: The Carter foreign aid policy and Nicarágua. In: *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, v. 5, 1983, p. 109.

A Declaração sobre a Inadmissibilidade de Intervenção nos Negócios Internos dos Estados e de Proteção a sua Independência e Soberanias determina claramente que nenhum Estado tem o direito de intervir nos negócios internos ou externos de outro, condenando todas as formas de interferência, inclusive contra os valores econômicos do Estado alvo.<sup>88</sup>

O uso desse recurso está sujeito a alguns critérios, geralmente aceitos pela doutrina, tanto antes como após a assinatura da Carta da OEA, que disciplinam o recurso à intervenção para:

- a) somente admiti-lo em casos de extrema atrocidade e ruptura da ordem pública;
- b) exigindo-se proporcionalidade entre a violação constatada dos direitos humanos e o ato intervencionista;
- c) desde que não haja qualquer vantagem direta para o Estado agressor;
- d) dando-se preferência pela ação de natureza coletiva, sob a égide de um organismo internacional; e
- e) verificando-se a efetiva participação ou flagrante cumplicidade das autoridades do Estado nos atos de violação de direitos humanos.

Dentro desse rígido parâmetro, a intervenção deve ainda pautar-se pelas normas de direito internacional que regulam o uso da força.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Resolução da Assembléia Geral 2131, 20 U.N. GAOR Supp., nr. 14, *in* U.N. Doc. A/6014, 1965, p. 11.

<sup>89</sup> FONTEYNE, L., The customary international law doctrine of humanitarian intervention: Its current validity under the United Nations Charter. *In: Cal West International Law Journal*, nr. 4, 1974, p. 218; LIPSKY, S., *op. cit.*, p. 120.

## PARTE II – DOS CRIMES DE GUERRA NO DIREITO INTERNACIONAL

### 5 DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Historicamente, não se pode localizar com precisão o surgimento dos Direitos Fundamentais do Homem já que vários monarcas fizeram constar de suas leis, direitos e garantias aos homens, ainda que para privilegiar determinado grupo de pessoas.

No entanto, é na Idade Média que se localizam seus antecedentes mais próximos.

Fernando Barcellos de Almeida<sup>90</sup> tenta localizar o surgimento dos direitos humanos. Refuta a idéia de alguns constitucionalistas que se posicionam no sentido de que esses direitos teriam surgido no ano de 1215, com a outorga da Magna Carta pelo rei inglês João Sem Terra, ou de outros que argumentam que só na Revolução Francesa, em 1789, teriam sido, efetivamente, proclamados os direitos fundamentais do homem, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão adotada pela Assembléia Constituinte francesa; documento este que representou o pensamento político, moral e social de todo século XVIII, especialmente dos ideais filosóficos humanitários de Rousseau, Locke e Montesquieu, cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras do absolutismo e do regime feudal.

Após a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no sentido de que deveria atingir a todas as pessoas, independente de sua nacionalidade, vinte e um países da América se reuniram no México no início do ano de 1945, firmando a Carta das Nações Unidas, imbuída da idéia do respeito aos direitos fundamentais. Em consequência, foi redigida a Declaração dos Direitos do Homem, em que se reconhece, solenemente, a dignidade da pessoa humana como base da liberdade, da justiça e da paz, além de outros ideais.

Os direitos fundamentais do ser humano foram, à época da formação dos Estados Modernos, atrelados ao particularismo da relação do indivíduo com o Estado, ou seja, constituíam direitos absolutos que o homem possuía em face de

---

<sup>90</sup> ALMEIDA, F. B., *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996, p. 43.

seu Estado e que poderiam excepcionalmente ser limitados de acordo com a legislação de cada território.

É prudente ressaltar que para o Direito Internacional o rol de direitos fundamentais é pequeno, não se assemelhando às listas intermináveis e analíticas.

John Rawls diz que:

Alguns pensam nos direitos humanos como mais ou menos os mesmos direitos que os cidadãos possuem em um regime democrático constitucional razoável; essa visão simplesmente expande a classe dos direitos humanos para que inclua todos os direitos que os governos liberais garantem. Os direitos humanos no Direito dos Povos, por contraste, expressam uma classe especial de direitos urgentes, tais como a liberdade que impede a escravidão ou servidão, a liberdade (mas não igual liberdade) de consciência e a segurança de grupos étnicos contra o assassinato em massa e o genocídio.<sup>91</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana surge como uma conquista em determinado momento histórico. Para valer, efetivamente, foi positivado no texto constitucional de diversos países.<sup>92</sup>

Argumenta Júlio Marino de Carvalho:

Durante o estado de guerra, os direitos de um cidadão de um país beligerante não se livra de restrições. Como ele inspira suspeita, será mantido sob vigilância, sem necessidade de maus tratos. Por exigências táticas, o seu confinamento pode ser estabelecido, mas não são admissíveis atos que exponham a perigo a vida, a saúde, a incolumidade física e a dignidade pessoal. Práticas agressivas, como a tortura, constituem crime de guerra. Mesmo em território de conflito bélico internacional, o homem continua a ser criatura humana e será sempre um repositório de direitos que não podem ser desprezados. Se for súdito de nação inimiga e por isto alvo de suspeitas, poderá ser observado no que for necessário, mas nem assim terá seus direitos essenciais sacrificados.<sup>93</sup>

No pensar de Giacomo Macrì:

A primeira demonstração de respeito dos inimigos inofensivos está na garantia de sua incolumidade; nem autoridades militares nem soldados, têm direito de feri-los, matá-los, atormentá-los, injuriá-los, reduzi-los à servidão, abusar de suas mulheres. Este direito é tão perigoso, que não pode ser considerado lícito

---

<sup>91</sup> RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Trad. L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 103.

<sup>92</sup> No que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Brasileira de 1988 foi a primeira a reconhecê-lo expressamente. Encontra-se consignado em nosso ordenamento no artigo 1º, inciso III, tornando-se um dos elementos imprescindíveis da atuação do Estado Brasileiro.

<sup>93</sup> CARVALHO, J. M.; *Os direitos humanos no tempo e no espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 334.

ignorá-lo sob qualquer pretexto, nem mesmo a título de represália. Não podem ser feitos reféns entre os notáveis do país ocupado com o fim de evitar danos temidos da parte do inimigo ou da população submetida, nem podem os habitantes ser privados de liberdade, para obrigar o inimigo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.<sup>94</sup>

O respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais é um dos princípios a que a Carta das Nações Unidas dá ênfase especial<sup>95</sup>. Oppenheim observa:

Embora imperfeitas sob o ponto de vista do seu cumprimento, as relevantes disposições da Carta constituem obrigações legais dos Membros das Nações Unidas e da Organização como um todo. Os direitos e liberdades humanos fundamentais reconhecidos pela Carta devem, doravante, ser encarados como direitos legais reconhecidos pelo Direito Internacional.<sup>96</sup>

Pode-se então, a partir do estudo dos direitos humanos, determinar três de seus ramos: o direito internacional, o direito dos refugiados e o direito humanitário. Este último será analisado com mais ênfase por complementar o trabalho.

Direito Humanitário<sup>97</sup> é expressão utilizada para designar as normas consagradas nas convenções e protocolos de Genebra (1864, 1906, 1929, 1949 e 1977) concluídos sob os auspícios do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. O direito humanitário não admite a aplicação de represálias a pessoas e bens

---

<sup>94</sup> GIACOMO, M., op. cit., p. 305.

<sup>95</sup> Cf. O Preâmbulo e os Artigos 1 (3), 13, 55 e 62 (2) da Carta das Nações Unidas da ONU.

<sup>96</sup> OPPENHEIM; LAUTERPACHT., *International Law*. vol 1. 8. ed. Londres: Longmans Green and Co., 1952, p. 740 passim.

<sup>97</sup> É de se recordar que a palavra humanidade já figurava na Convenção de Haia de 1907 relativa às leis e usos da guerra terrestre, no seu preâmbulo: “*animados do desejo de servir ... aos interesses da humanidade*”, ou ainda “*as populações e os beligerantes ficam sob a salva-guarda e sob o império dos princípios do direito das gentes, como resultam dos usos estabelecidos entre nações civilizadas, das leis da humanidade e das exigências da consciência pública*”. Foi a insuficiência do direito de guerra que suscitou a formação de um direito humanitário. (MERLE, M., *Le Procès de Nuremberg et le Chatiment des Criminels de Guerre*. Paris: A. Pedone, 1981, p. 116).

Na X Conferência Internacional da Cruz Vermelha em Genebra, em 1921, foram aprovadas unanimemente resoluções no sentido de se elaborar projeto de convenção para humanizar a guerra, incluindo a proteção da população civil, vez que se considerava as Convenções de Haia de 1899 e 1907 sobre leis e usos na guerra terrestre insuficientes. Entretanto, até 1949 nada foi concluído (BEST, G., *Humanity in Warfare*. Londres: Methuen and Co Ltd, 1983, p. 232). Em 1912, na IX Conferência Internacional da Cruz Vermelha em Washington já surge a preocupação de proteger as vítimas das guerras internas (CALOGEROPOULOS-STRATIS, S., *Droit Humanitaire et Droits de l'homme. La protection de la personne em période de conflit arme*. Leiden: Sijthoff, 1980, p. 68). Na Conferência de técnicos governamentais, reunida sob os auspícios da Comissão Internacional da Cruz Vermelha em Genebra, em 1971-1972, foi adotada a fórmula “direito internacional humanitário aplicável nos conflitos armados”, sendo que, posteriormente, é que se adotou a expressão concisa de “direito humanitário” (VEUTHEY, M., *Guerrilla et Droit Humanitaire*. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1983, p. 2).

protegidos. Ele visa proteger: a) os feridos, doentes e náufragos; b) os prisioneiros de guerra; c) a população civil. O direito humanitário deve ser aplicado por uma parte mesmo que a outra viole.<sup>98</sup> É o contrário da cláusula *si omnes* em que a Convenção só é aplicada se todos os Estados a ratificarem ou ainda se os participantes do conflito são todas as partes na Convenção.

Existe uma posição defendida na doutrina Robertson que propõe fundir o Direito Humanitário aos direitos do homem, criando um único ramo do Direito Internacional. Outra tese (Meyrowitz) sustenta que ambos os direitos são incompatíveis. Uma terceira posição (Calogeropoulos-Stratis) sustenta que eles se complementam, porque ambos visam a proteger o homem, mas que não podem ser fundidos em um único ramo do Direito Internacional porque o Direito Humanitário é alheio às organizações internacionais que se ocupam dos direitos humanos e estes são alheios ao CICV.<sup>99</sup>

Em sentido diverso está Jean Pictet afirmando que a expressão “direito humanitário” tem dois sentidos: a) em sentido lato é o que abrange o direito de guerra e direitos humanos – o direito de guerra tem três ramos, o direito das Convenções de Haia e o direito das Convenções de Genebra; b) em sentido estrito seria o direito das Convenções de Genebra.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> CALOGEROPOULOS-STRATIS, S., op. cit., p. 101 e 105.

<sup>99</sup> Ibid., p. 235 et. seq. É de se recordar que, em 1968, a Assembléia Geral da ONU aprovou resolução concernente ao respeito aos direitos humanos em períodos de conflitos armados, em que reconhece a necessidade de se aplicar princípios humanitários (TAUBENFELD, H. J., *The Application of the Laws of War in Civil War. In: Law and Civil War in the Modern World*. Org. por John Morton Moore. Baltimore: The Johns Hopkins University press, 1974, p. 505). Na conferência realizada em Viena em 1965, a Cruz Vermelha estabeleceu que o princípio de humanidade para ela significa se esforçar para evitar e aliviar em todas as circunstâncias os sofrimentos dos homens, bem como proteger a vida e a saúde e fazer respeitar a pessoa humana e ainda favorecer “a compreensão mútua, a amizade, a cooperação e uma paz durável entre todos os povos” (BRETON, P., *Les données nouvelles de la situation des combattants. In: CHARNAY, J. P., De la dégradation du droit des gens dans le monde contemporain*. Paris: Éditions Anthropos, 1983, p. 38). Parece que a interpretação dada pela Cruz Vermelha para o princípio da humanidade que é um dos que norteiam a sua ação ao lado de outros (neutralidade, independência, etc.) deve ser estendido ao princípio de humanidade do direito de guerra, pelo menos como uma posição ideal. Pode-se acrescentar que as partes em luta não têm uma escolha ilimitada para os métodos e meios empregados na conduta da guerra. Assim não se pode causar males supérfluos. Este é um princípio que se encontra repetido no Protocolo I concernente a Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais de 1977 (art. 8º) que acrescenta a proibição de meios e métodos que causem danos duradouros e graves ao meio ambiente.

<sup>100</sup> PICTET, J. S., *Le Droit International Humanitaire: Definition. In: Les Dimensions Internationales du Droit Humanitaire*. Paris: A. Pedone, Institut Henry Dunant e UNESCO, 1986, p. 13 et. seq. *Apud* MEYROWITZ, H., *Le Principe de l'Égalité des Belligérants devant le Droit de la Guerre*. Paris: A. Pedone, 1970, p. 135.

Pode-se acrescentar que o Direito Humanitário se preocupa com a proteção daqueles que são vítimas dos conflitos armados e, em consequência, tendo em vista a sua própria finalidade ele proíbe as represálias.

Swinarski apresenta a definição de Direito Humanitário como:

O direito internacional humanitário é o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelos conflitos.<sup>101</sup>

Veuthey entende que o direito humanitário tem dois sentidos: um amplo e outro estrito. No primeiro sentido é citada uma definição de Pictet onde “o direito internacional humanitário é constituído pelo conjunto de disposições jurídicas internacionais, escritas ou costumeiras, assegurando o respeito da pessoa humana e seu pleno desenvolvimento de totalmente compatível com a ordem pública, e, em tempo de guerra com as exigências militares”.<sup>102</sup>

Rufin lembra que a caridade, como é considerada pelo cristão, admitia a desigualdade como obra da criação, mas no século XVIII a ordem existente é contestada. O humanitário e a democracia têm a mesma fonte filosófica.<sup>103</sup>

La Pradelle defende a autonomia do Direito Humanitário e observa que ele arrisca perder esta autonomia ao se misturar com o direito de guerra como ocorreu nos Protocolos de 1977 que revêem também o direito das Convenções de Haia.<sup>104</sup>

Tem sido observado que o Direito Humanitário é um compromisso entre as exigências militares e as de humanidade.<sup>105</sup> Ele é aplicado a quatro tipos de conflitos: a) conflitos armados internacionais entre Estados (art. 2º das Convenções de 1949 e § 3º do art. 1º do Protocolo I); b) guerras de libertação (§ 4º do art. 1º do Protocolo I); c) conflitos armados não internacionais (art. 1º do

---

<sup>101</sup> SWINARSKI, C. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Ed. Escopo, 1988, p. 18.

<sup>102</sup> VEUTHEY, M., op. cit., p. 4 et. seq.

<sup>103</sup> RUFIN, Jean-Christophe. *L'aventure humanitaire*. França: Decouvertes-Gallimard, 1994, p. 32 et. seq.

<sup>104</sup> PRADELLE, P., Le droit humanitaire des conflits armés. In: *Revue Générale de Droit International Public*. Paris: A. Pedone, 1978, p. 30

<sup>105</sup> Jean Pictet no prefácio a obra de Michel Veuthey, op. cit., 1983, p. XVI.

Protocolo II); d) conflitos armados não internacionais (art. 3º das Convenções de 1949).<sup>106</sup>

Como bem salienta Kast, os princípios do Direito Humanitário são essenciais à sobrevivência da humanidade e a proteção de seus interesses comuns.

107

O direito humanitário moderno não distingue o agressor do agredido, ao estender a todos os envolvidos e participantes do conflito armado a proteção de suas normas.

Não há maiores dúvidas quanto à aplicabilidade do direito humanitário inclusive ao Estado agressor, mesmo que se reconheça em sua agressão uma violação às normas do direito internacional.

Paralelo ao regime geral de infrações internacionais, cooptado, exatamente igual, pelo Direito Internacional Humanitário, existe nele um regime próprio e particular que é o das infrações graves já citadas neste capítulo.

Ao classificar como crimes de guerra estes comportamentos e atos, o Direito Internacional Humanitário dispõe que os Governos tomem as medidas necessárias para determinar as sanções penais adequadas que serão aplicadas às pessoas que deram as ordens de cometer ou cometeram qualquer um dos crimes de guerra.

Deve-se enfatizar que esse sistema de sanções consagra o princípio da responsabilidade pessoal pelos crimes de guerra, ou seja, esse princípio impossibilita a subtração da responsabilidade de uma pessoa pelo fato de ter agido em qualidade de representante ou de órgão do Estado, cumprindo ordens superiores, de modo a fugir de sua responsabilidade pessoal.

Os atentados ao direito humanitário são tanto mais revoltantes e mais clamam por socorro e justiça quanto mais débeis forem as vítimas, destituídas de condições de resistência e reação e que portam consigo tão só os direitos que não são reconhecidos. O holocausto judeu no império de Hitler constitui o mais impressionante comprovante do grau de monstruosidade moral que pessoas pertencentes à espécie hominal podem atingir sob certas circunstâncias históricas e certas determinantes culturais e ambientais.

---

<sup>106</sup> Jean Pictet no prefácio citado acima, p. XXV.

<sup>107</sup> KASTO, J., *Ius Cogens and Humanitarian Law, Institution Internationale de Droit Humanitaire*, 1980, p. 98.

O desprezo ao Direito Internacional Humanitário é o mais vivo caracterizador da guerra criminosa. Nas palavras da professora Flávia Piovesan: “No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável”.<sup>108</sup>

A conclusão a que se pode chegar é que o direito de guerra e o direito humanitário quase que não são observados apenas de modo excepcional. O prolongamento da guerra aumenta as chances para se aplicar o Direito Internacional devido à opinião pública mundial ou ainda a interferência de terceiro Estado. O Direito Internacional é também mais respeitado quando há equilíbrio de força entre os contendores.

A finalidade primordial do direito internacional humanitário é tentar fazer ouvir a voz da razão em situações em que as armas obscurecem a consciência dos homens, e lembrar-lhes de que um ser humano, inclusive inimigo, continua sendo uma pessoa digna de respeito e proteção.

---

<sup>108</sup> PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 132.

## 6 CARTA DA ONU

As convenções de guerra baseiam-se primeiro numa determinada opinião sobre os combatentes, que estipula sua igualdade no campo de batalha. Mas elas têm uma base mais profunda numa determinada opinião sobre os não-combatentes, que sustenta que eles são homens e mulheres com direitos e que não podem ser usados para algum propósito militar, mesmo que se trate de um propósito legítimo. Na sociedade interna é relativamente fácil distinguir terceiros, ao passo que na sociedade internacional, em razão da natureza coletiva de Estados e exércitos, é mais difícil fazer essa distinção. Na realidade, é freqüente a afirmação de que ela não pode ser feita de modo algum, pois os soldados são apenas civis coagidos, e civis são simpatizantes voluntários de seus exércitos no campo de batalha. E, portanto, não pode ser o que se deve às vítimas, mas apenas o que é necessário para o combate, que determina os julgamentos da conduta em tempos de guerra.

Em 26 de junho de 1945, na cidade de São Francisco concretizaram-se as assinaturas da Carta da ONU e do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. O primeiro delegado que a assinou foi o da China.

Surgiu, assim, a Organização das Nações Unidas, que embora se declare “baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros” (art. 2º) é, na verdade, dirigida por uma pentarquia, pelos cinco grandes que dispõem do abusivo direito de veto no seio do Conselho de Segurança e, por conseqüência, detêm o comando da organização e podem decidir da paz ou da guerra no mundo.

Os propósitos da ONU são, dentre outros, os seguintes: manter a paz e a segurança internacional; fomentar as relações amistosas entre as nações baseadas no respeito e na igualdade de direitos e autodeterminação dos povos; cooperar na resolução dos problemas internacionais de caráter econômico, cultural ou humanitário e estimular o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Quanto ao primeiro propósito, uma constatação deve ser feita: os termos “paz” e “segurança” são empregados em toda a Carta juntamente com o qualificativo “internacional”. O preâmbulo e os artigos 1º, 2º e 3º indicam que a paz internacional deve ser compreendida como significando mais do que a simples

ausência de guerra entre os Estados<sup>109</sup>. Claramente, grande importância é atribuída a atividades que não apenas contribuem para diminuir a probabilidade da guerra, como também ajudam a sustentar e consolidar a paz. A segurança internacional, por outro lado, deve ser atingida através das medidas coletivas previstas no artigo 1º apesar da existência de outros meios – equilíbrio de poder, dissuasão e coexistência pacífica<sup>110</sup>. Isto mostra o quanto as operações de manutenção da paz e sua evolução em operações de consolidação da paz estão em consonância com o objetivo primordial da Carta de garantir a preservação da paz e segurança internacionais.<sup>111</sup>

Essas finalidades poderiam ser conseguidas se obedecidos fossem os seguintes princípios: igualdade soberana dos membros, boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais, solução dos conflitos por meios pacíficos, abstenção da ameaça e da força contra a integridade territorial e a independência política de qualquer Estado e não intervenção em assuntos que sejam, essencialmente, da competência interna dos Estados.

Estabelece a Carta no seu at. 5º que o “membro das Nações Unidas, contra o qual for levada a efeito a ação preventiva ou coercitiva por parte do Conselho de Segurança, poderá ser suspenso do exercício dos direitos e privilégios de membro pela Assembléia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança”.

Essa suspensão é decidida pelo voto de dois terços dos membros presentes e votantes da Assembléia Geral e o Estado suspenso poderá recuperar seus direitos e privilégios, se assim o permitir o Conselho de Segurança.

Com base em sua responsabilidade primária em matéria de preservação da paz e da segurança internacionais, esse órgão tem agido sob a égide de acordos de paz nos quais o consenso tem um papel dominante, ou empregado o seu poder de coerção. Em consequência, operações complexas para a restauração de Estados vêm sendo montadas, envolvendo esforços por parte de todo o sistema da ONU, além de organizações regionais e não governamentais. Tais operações têm levado a Organização a testar vários níveis de envolvimento operacional – assistência,

---

<sup>109</sup> WOLFRUM, R. “Chapter I. Purposes and Principles”. In SIMMA, B. *The Charter of the United Nations – A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 50.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>111</sup> BOUTROS-GHALI, B. *An Agenda for Peace*. New York: United Nations, 1992, p. 11 et. seq.. A Agenda para a Paz compila e descreve as técnicas para a preservação da paz e segurança internacionais – diplomacia preventiva, pacificação, manutenção da paz – e introduz o conceito de consolidação da paz.

delegação ou mesmo a administração direta -, por exigirem o exercício de várias funções governamentais.<sup>112</sup>

A confusão entre a manutenção da paz e coerção da paz desencadeou certa crise<sup>113</sup>. Como consequência, uma divisão de trabalho pragmática para a preservação da paz e segurança internacionais tem sido buscada desde então. Onde as instituições governamentais estão enfrentando o colapso e ações mais vigorosas se fazem necessárias<sup>114</sup>, a restauração da lei e da ordem fica a cargo de coalizões de Estados e/ou organizações militares como a OTAN, amparadas por uma autorização do Conselho de Segurança.

O Conselho de Segurança é o órgão primordial da ONU e a ele compete a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais.<sup>115</sup> O Conselho de Segurança vem não somente criando a maioria das operações de campo, mas também tem sido responsável pela evolução dessas operações. Esse desenvolvimento pode ser inferido das centenas de resoluções por ele adotadas – Camboja, Moçambique, Angola, Haiti, Bósnia, República Centro-Africana, Tajikistão sendo exemplos – ou ainda dos pronunciamentos mais gerais do seu Presidente relativos a temas específicos discutidos em debates abertos. A consolidação da paz tem sido objeto de discussão desde 1998.<sup>116</sup> Como resultado, o Conselho de Segurança encorajou o Secretário-Geral a criar estruturas de consolidação da paz dentro das Nações Unidas, bem como reconheceu o papel que o Conselho Econômico e Social pode exercer na reabilitação econômica e social de países que emergem de conflitos.

É composto de 15 membros, dos quais 5 (Rússia, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha e China) são permanentes e, os demais, eleitos pela Assembleia Geral por maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes para um período

---

<sup>112</sup> HELMAN, G. B.; RATNER, S. R., Saving Failed States. *In: Foreign Policy*, n.º 89, outono 1992-1993, p. 12 et. seq.

<sup>113</sup> ROBERTS, A., The Crisis in Peacekeeping. *In: Survival*, ano 36, n.º 3, outono de 1994, p. 93 et. seq.; WHITE, N., U.N. Peacekeeping – Development or Destruction. *In: International Relations*, ano XII, n.º 1, abril de 1994, p. 129 et. seq.

<sup>114</sup> Quando as estruturas do Estado estão desintegrando, considera-se necessário o uso de medidas coercitivas. Veja KÜHNE, W., The United Nations, Fragmenting States, and the Need for ENLARGED Peacekeeping. *In TOMUSCHAT, C. The United Nations at Age Fifty – A Leagl Perspective*. The Hague: Kluwer Law, 1995, p. 91 et. seq.

<sup>115</sup> Artigos 24 a 26 da Carta da ONU, bem como as disposições estabelecidas nos Capítulos VI, VII e VIII.

<sup>116</sup> Veja os seguintes Pronunciamentos do Presidente do Conselho de Segurança sobre a Preservação da Paz e Segurança Internacionais e a Consolidação Pós-Conflito: S/PRST/1998/38, 29 de dezembro de 1998 e S/PRST/1999/21, 8 de julho de 1999.

de dois anos, sendo proibida a reeleição para o período imediato. Na primeira eleição, no entanto, consoante ordenava a Carta, três dos não permanentes foram eleitos por um ano.

Na eleição dos membros não permanentes do Conselho de Segurança, a Assembléia deverá ter em vista a contribuição dos membros das Nações Unidas, para a manutenção da paz e da segurança internacionais e para os outros propósitos da organização, e também a distribuição geográfica equitativa.

Dentre outras, suas atribuições são as seguintes: solicitar aos Estados-membros a aplicação de sanções econômicas ou outras medidas capazes de evitar ou deter qualquer agressão; recomendar à Assembléia a admissão de novos membros e as condições sobre as quais os Estados poderão tornar-se partes do Estatuto da Corte Internacional de Justiça; recomendar à Assembléia a suspensão e a expulsão de Estados-membros da organização.

Faz-se pertinente a lição de Angel Modesto Paredes: “El Consejo de Seguridad será un efectivo guardián de la paz Del mundo: desde el momento em que coincidan em el mismo pensamiento lãs cinco grandes potencias. Pero solo desde el instante de existir tal coincidencia”.<sup>117</sup>

Quanto ao princípio do não uso da força, a primeira e mais óbvia autorização beneficia o Conselho de Segurança e dependem da determinação de uma ameaça à paz, uma ruptura da paz e um ato de agressão nos termos do Capítulo VII da Carta. A segunda instância permitindo o uso da força pela Organização tem suas origens nos poderes implícitos da Assembléia Geral para a criação de operações de campo, tal como descrito no parágrafo 1º da Resolução Unidos pela Paz.<sup>118</sup> O Conselho de Segurança tem estado em grande atividade desde o final da Guerra Fria e, numa das raras ocasiões em que o consenso não pode ser atingido – Kosovo em 1999 -, a resolução foi ignorada. Isto resultou no deplorável uso da força pela OTAN, num esforço orquestrado fora do regime de segurança coletiva da Carta das Nações Unidas, marcado pela ilegalidade.

Reconhecendo a ligação que existe entre a preservação da paz e segurança internacionais e a estabilidade econômica e social, a Carta dotou a Organização de

---

<sup>117</sup> “O Conselho de Segurança será um guardião efetivo da paz mundial a partir do momento em que as cinco grande potências coincidam num mesmo pensamento. Porém, somente a partir do instante em que existir tal coincidência”. PAREDES, A. M., *Manual de Derecho Internacional Publico – Sus Principios Fundamentales en Tiempo de Paz*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1951, p. 100.

<sup>118</sup> Resolução 377 (V), de 3 de novembro de 1950, da Assembléia Geral das Nações Unidas.

um Dispositivo especialmente concebido para tratar dessas questões.<sup>119</sup> Composto inicialmente da Assembléia Geral, do Conselho Econômico e Social e de umas poucas agências especializadas,<sup>120</sup> essa estrutura foi subseqüentemente ampliada através da criação de vários fundos e programas abrangendo campos diversos, como a ajuda humanitária, a alimentação e a agricultura, o comércio, a indústria e o meio ambiente. Da mera cooperação internacional relativa aos problemas econômicos e sociais entre as nações, a ênfase foi gradualmente sendo alterada para a promoção do avanço dos países em desenvolvimento, através de atividades de assistência e programas de cooperação técnica. O desenvolvimento tornou-se ainda mais primordial com admissão como membros dos Estados emergentes da descolonização, além de ter ganhado o qualificativo de “sustentável” desde o Relatório da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento.<sup>121</sup> Paralelamente a esse progresso, as operações de manutenção da paz adquiriram uma dimensão econômica e social, que vem se materializando não somente na ajuda humanitária, mas também na implementação de atividades destinadas à promover a reabilitação, a reconstrução e o desenvolvimento *in loco*.

Cabendo ao Conselho de Segurança a responsabilidade precípua de manter a paz e a segurança internacionais, deve ele, em caso de existir qualquer ameaça à paz, sua ruptura ou agressão a qualquer Estado, impor as medidas tendentes para enfrentar tal situação.

As sanções previstas pela Carta da ONU podem ser classificadas em militares e não-militares. No segundo grupo, tem-se, de acordo com o artigo 41, “a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de qualquer outra espécie, e o rompimento das relações diplomáticas” com o Estado agressor. Se essas medidas forem inadequadas “para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais”, tem-se então, *ex vi* do artigo 42, “demonstrações, bloqueios, e outras operações por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos membros das Nações Unidas”.

---

<sup>119</sup> Artigo 55 (a) e (b), da Carta da Organização das Nações Unidas.

<sup>120</sup> As agências especializadas entram em relação com a Organização em razão dos artigos 57 e 63 da Carta das Nações Unidas.

<sup>121</sup> “*Our Common Future*”, The Report of the World Commission on Environment and Development, na Resolução da Assembléia Geral 42/186, 11 de dezembro de 1987.

Apesar da letra fria dos artigos supramencionados, mister se faz que a ONU seja reconhecida como guardiã da paz e da ordem pública por todos os Estados e que a sua Carta constitua um mandamento a ser cumprido. Para tal será necessário que ela tenha certo grau de força militar, econômica ou moral, capaz de aplicar a lei internacional e exigir obediência, a fim de que o Direito Internacional não repouse na base reduzida do consentimento universal.

Isso acontece porque a ONU ainda não possui uma força armada própria e que esteja devidamente preparada para enfrentar qualquer Estado que ameace a paz mundial.

Importante salientar que nem todos os doutrinadores concordam com a eficiência da ONU. Cito aqui a opinião de Alvin e Heidi Toffler: “Infelizmente, é igualmente ingênuo presumir que as Nações Unidas, dada a sua estrutura atual, poderiam abafar as chamas da guerra desde que tivessem apoio financeiro adequado. Há coisas demais que a ONU não pode fazer, e não poderia fazer ainda que tivesse todo o dinheiro que quisesse”.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> TOFFLER, Alvin e Heidi. *Guerra e anti-guerra: sobrevivência na aurora do Terceiro Milênio*. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Record, 1994, p. 265.

## 7

### TRIBUNAIS “AD HOC”

É grande a importância do estudo dos tribunais “ad hoc”, pois foram por eles que a sociedade internacional deu o grande passo para indiciar, prender e julgar os maiores violadores da pessoa humana. Com essa atitude, proporcionaram a reconciliação social e a tranquilidade e confiança às vítimas, suas famílias, e à comunidade afetada, mediante a investigação e o julgamento dos responsáveis pelos crimes internacionais. Sanaram possíveis insucessos de Cortes Nacionais, que poderiam deixar impunes os criminosos, principalmente quando esses são autoridades políticas ou militares, o que se verifica com frequência em casos de crimes de guerra ou de desestruturação do sistema legal interno.

Um tribunal internacional, comprometido com regras rígidas de evidência elaboradas por sistemas jurídicos nacionais durante séculos de experiência e requinte crescentes, certamente distinguiria a verdade indiscutível do boato infundado, e avaliaria com exatidão a culpa das pessoas, individualmente. Ao fazer isso, ele iniciaria uma nova era no desenvolvimento da justiça penal internacional e, assim, promoveria a causa que todos desejavam: o estabelecimento de um sistema de lei e ordem entre as nações.

O julgamento de Nuremberg realizou-se em escala sem precedentes, e logo se tornou claro que os crimes com que o tribunal estava lidando eram de magnitude incomparável.

A violência *ad nauseam* deu azo à responsabilização penal de agentes e mentores da barbárie. Fábio Konder Comparato escreve que:

Quando a opinião pública começou a tomar conhecimento das atrocidades praticadas pelos regimes totalitários, europeus ou asiáticos, firmou-se a convicção de que a destruição deliberada de um grupo étnico, racial ou religioso, promovida por autoridades governamentais como política estatal, constituía um crime cuja gravidade superava em muito o elenco tipológico dos delitos definidos nas diferentes leis nacionais, ou das violações tradicionais dos princípios do direito internacional. Foi com base nessa convicção generalizada, e não no fato de que os Estados responsáveis por essas atrocidades haviam perdido a guerra, que a decisão das potências vencedoras de criar o Tribunal de Nuremberg, e julgar como criminosos algumas das autoridades civis e militares do 3º Reich foi aceita como perfeitamente legítima ainda que contrária ao tradicional princípio *nullum crimen sine lege*. Em 1946, por duas vezes, a Assembléia Geral das Nações Unidas reafirmou os princípios do direito internacional reconhecidos pelo estatuto do Tribunal

de Nuremberg e pelo acórdão desse tribunal. Assim, pois, antes mesmo da aprovação, em 12 de dezembro de 1948, da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, reconhecia-se a vigência internacional do direito dos povos à existência, e identificava-se no genocídio um crime contra a humanidade, ainda que a ação delituosa não fosse definida tipologicamente, nem as penalidades cominadas.<sup>123</sup>

O Tribunal era competente para intimar e exigir o comparecimento de testemunhas, interrogar os acusados, dispor sobre apresentação de documentos e outros elementos probantes, receber o juramento das testemunhas e indicar funcionários e missões por ele próprio determinadas, inclusive recolhimento de provas. Os acusadores foram nomeados pelos próprios signatários do Acordo.

Muitas críticas foram feitas ao tribunal e, em consequência, ao julgamento, tais como: a) foi ele um julgamento de vencidos, efetivado pelos próprios vencedores, que funcionavam, simultaneamente, como acusadores e juízes, fato agravado pela impossibilidade de qualquer tipo de recurso; b) o princípio geral do *nullum crimen nulla poena sine lege* foi propositalmente ignorado, pois o tribunal julgou criminosos preexistentes (sem prévia cominação legal); c) a Declaração de Moscou somente falava em julgamento e punição, o que retirava, propedeuticamente, toda e qualquer possibilidade de absolvição; d) essa mesma Declaração cogitava de julgamentos segundo as leis dos países invadidos pelos alemães, cuja admissão e prescrição levaria à extinção da ação e da pena, além de gerar a desnecessidade de um tribunal internacional; e) o tribunal não admitia qualquer tipo de crítica, pelos acusadores, defensores ou acusados. Cogitava, entretanto, da análise de temas até então não-normatizados.

A alínea “b” do artigo 6º dos termos de referência para o Tribunal trata sobre os crimes de guerra dentro da jurisdição e os princípios gerais.

O artigo 8º trata da defesa por alegação de “ordens superiores”: um acusado não estava isento de responsabilidade por um crime, mesmo que pudesse provar ter agido por ordens de um superior, embora o fato pudesse ser considerado atenuante.

A busca de provas documentais trouxe resultados muito além das expectativas mais otimistas. Seria de esperar que, pelo menos no tocante às atrocidades mais grosseiras, poucos seriam os registros mantidos. Mas não; os

---

<sup>123</sup> COMPARATO, F. K., O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos. In: *Direitos Humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: AJD, 2001, p. 15 et. seq.

agentes do crime orgulhavam-se da eficiência com que realizavam o crime, e o registravam pormenorizadamente e de modo quase pedante.

O juiz adjunto da Suprema Corte dos Estados Unidos, Robert H. Jackson, iniciou suas alegações com uma denúncia eloqüente da tirania nazista e uma declaração da sua crença ardente no princípio da justiça penal internacional, culminando com as seguintes palavras:

A civilização pergunta se a Justiça é tão lenta a ponto de ser completamente incapaz lidar com delitos dessa magnitude, cometidos por criminosos dessa ordem de importância. Ela não espera que torneis impossível, de futuro, fazer a guerra. Ela espera, sim, que vossa ação jurídica coloque as forças do direito internacional, seus preceitos, suas proibições e, acima de tudo, suas sanções do lado da paz, para que homens e mulheres de boa vontade, em todos os países, possam ter “a liberdade de viver, sem depender da permissão de ninguém, sob a proteção da lei”.<sup>124</sup>

Leo Khan fez a seguinte observação ao analisar a responsabilidade dos oficiais e soldados militares:

Um homem sujeito à disciplina militar ou, na verdade, a qualquer outra disciplina igualmente estrita, não se torna por isso um autômato sem responsabilidade por atos criminosos. Por outro lado, não se espera que ele questione uma ordem que não seja flagrantemente ilegal, tampouco se pede que ele seja um herói. O que ele pode fazer ou não, depende das circunstâncias. Ele tem o direito de levar em conta os riscos da desobediência, mas deve ponderá-los contra a gravidade do crime que lhe mandam cometer. Deve haver um equilíbrio razoável entre o dever legal de disciplina e a necessidade moral de evitar o crime. Quanto mais alta a patente, maior pode ser o campo de ação para uma “escolha moral” e no julgamento dos principais criminosos de guerra na realidade a defesa saiu-se mal com a alegação de “ordens superiores”, mas na época isto não ficou reconhecido com tanta clareza.<sup>125</sup>

Embora tivesse o tribunal garantido a supremacia do Direito Internacional sobre o Direito Interno e sido, inegavelmente, um importante precedente capaz de elidir fatos semelhantes aos praticados durante a Segunda Grande Guerra, tais restrições são perfeitamente pertinentes. Inclusive porque seu planejamento ocorreu em tempo de guerra, quando é sempre difícil se traçar normas definitivas para a paz. Dele não emanou qualquer tipo de jurisprudência, mas serviu de modelo para o Tribunal Internacional Militar do Extremo Oriente que se reuniu

---

<sup>124</sup> KAHN, L., *Julgamento em Nüremberg: epílogo da tragédia*. Trad. Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Renes, 1973, p. 72.

<sup>125</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 148.

em Tóquio, em 1946, contando com a presença dos Estados Unidos, Rússia, Inglaterra e China.

O principal promotor britânico em Nuremberg expôs esse argumento na linguagem do direito internacional ao dizer: “Matar combatentes é justificável... apenas nos casos em que a própria guerra é legal. No entanto, nos casos em que a guerra seja ilegal... não há nada que justifique a matança, e esses assassinatos não deverão receber tratamento distinto daquele concedido a qualquer outro bando de salteadores fora-da-lei”.<sup>126</sup>

Apenas três dos vinte e dois chefes nazistas conseguiram a absolvição. Doze morreram na forca, três pegaram prisão perpétua e quatro foram sentenciados a penas que variaram de dez a vinte anos de cadeia, como demonstrado na tabela abaixo:<sup>127</sup>

SENTENÇAS	CONDENADOS
MORTE	Hermann Göring Joachim von Ribbentrop Wilhelm Keitel Ernst Kaltenbrunner Alfred Rosenberg Hans Frank Wilhelm Frick Julius Streicher Fritz Sauckel Alfred Jodl Arthur Seyss-Inquart Martin Bormann ( <i>in absentia</i> )
PRISÃO PERPÉTUA	Rudolf Hess Wilhelm Funk  Erich Raeder
20 ANOS DE PRISÃO	Albert Speer Baldur Von Schirach
15 ANOS DE PRISÃO	Constantin von Neurath
10 ANOS DE PRISÃO	Karl Dönitz
ABSOLVIÇÃO	Hjalmar Schacht Franz Von Papen Hans Fritzsche

Os 22 acusados de Nuremberg e seu destino são história passada, para a nova geração, e apenas um punhado dos seus nomes é lembrado. Embora se

<sup>126</sup> Citado em TUCKER, R. W., *The Law of War and Neutrality at Sea*. Washington: U. S. Govt. Print. Off., 1957, p. 6. Ver também LAUTERPACHT, H., *The Limits of the Operation of the Law of War*. In: *30 British Yearbook of International Law*, 1953.

<sup>127</sup> Ver KHAN, L., op. cit.

acredite que o julgamento de Nuremberg tenha pelo menos lançado as bases para a aplicação internacional da justiça, admite-se que o progresso tem sido excessivamente lento e que os resultados práticos são ainda quase imperceptíveis.

A importância dessa decisão vai além da área da justiça penal;<sup>128</sup> os advogados internacionais consideram-na um dos mais poderosos precedentes em apoio da tendência geral para dar direitos e responsabilidades diretas a indivíduos, bem como a Estados.

Criado para punir os crimes de terrorismo e desrespeito aos direitos humanitários cometidos na Bósnia-Herzegovina, o tribunal nada tem a ver com a Corte Internacional de Justiça, órgão permanente da ONU encarregado de resolver pendências entre os países membros da organização.

O Tribunal Penal Internacional para Ex-Iugoslávia foi criado em maio de 1993 pela Resolução n.º 827 do Conselho de Segurança da ONU.<sup>129</sup> Sediado na cidade de Haia, na Holanda, trata-se do primeiro organismo internacional para crimes de guerra desde o tribunal de Nuremberg.

Segundo esta resolução, todos os Estados são totalmente obrigados a colaborar com o tribunal, que tem jurisdição sobre indivíduos responsáveis por crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio desde 1º de janeiro de 1991 em todo território da ex-Iugoslávia, o que corresponde hoje aos Estados da Eslovênia, Croácia, Bósnia, Macedônia e a atual Iugoslávia, formada por Sérvia e Montenegro.

Ao Tribunal foi conferida competência para apreciar imputações de crimes de guerra e contra a humanidade, inclusive o genocídio, não abrangendo os crimes contra a paz, ao contrário do que se previra nos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio. Esta, a propósito, é a primeira iniciativa da ONU, quanto à instituição de uma Corte Judiciária especial, para examinar e julgar delitos de guerra, depois daqueles tribunais polêmicos e ainda hoje contestados, sendo previsível que se institucionalize como meio eficaz de julgar delitos daquela natureza cometidos no âmbito interno dos Estados.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Ver também ARENDT, H., *Eichmann em Jerusalém*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

<sup>129</sup> Texto integral em *International Legal Materials*, v. XXXII, n. 4, p. 1203-1205, julho 1992.

<sup>130</sup> Vide Relatório do Secretário Geral sobre a Resolução 808 (1993), que aprovou a instalação do Tribunal, *International Legal Materials*, v. XXXII, n. 4, p. 1159, jul. 1993; sobre o assunto, vide também O'BRIEN, J. C., *The International Tribunal for Violations of International Humanitarian*

Com características de guerra civil, mesclada com intolerância religiosa e arraigada em divergências seculares cujas origens ninguém sequer pode precisar, a luta armada na antiga Iugoslávia, no coração da Europa civilizada, transformou-se em problema insolúvel para a Organização.

O julgamento dos crimes na Bósnia é o primeiro do gênero desde o Tribunal de Nuremberg. A diferença é que em Nuremberg os vencedores da guerra julgaram os crimes dos vencidos. Como a guerra na ex-Iugoslávia terminou empatada, não há exército com poder de fogo suficiente para capturar réus que ainda desfrutam prestígio da proteção no território onde vivem. Sem poder de polícia, o tribunal dependeu da boa vontade das repúblicas da ex-Iugoslávia e da força de paz da OTAN para chegar aos acusados.

Foi uma verdadeira limpeza étnica, como ficou conhecida a campanha para expulsar os muçulmanos e croatas do território conquistado pelos milicianos sérvios com a expulsão de 2 milhões de bósnios de suas casas e a chacina de aproximadamente 250.000 pessoas, sem contar com os desaparecidos.

Tendo estado à beira da desintegração e conseqüentemente se beneficiado da primeira missão preventiva das operações de manutenção da paz, não é surpreendente que a ex-República Iugoslava tenha tomado a iniciativa de propor a adoção pela Assembléia Geral da ONU, em 1996, de uma resolução intitulada “A Preservação da Segurança Internacional – Prevenção da Desintegração Violenta de Estados” (*The Maintenance of International Security – The Prevention of the Violent Disintegration fo States*). A resolução foi adotada na mesma sessão por 137 votos a favor, nenhum contra e apenas sete abstenções.<sup>131</sup> Uma segunda resolução, redigida em linguagem similar, foi adotada em 1998 e o assunto constou da agenda provisória da 55ª sessão da Assembléia da ONU marcada para o ano de 2000, conhecida como a Assembléia do Milênio<sup>132</sup>. Implícito à adoção dessas resoluções está o fato de que a quase totalidade dos Estados do mundo já admitiu a gravidade e freqüência com que os Estados vão se desintegrando devido a conflitos internos e internacionais.

---

Law in the Former Yugoslavi. In: *American Journal of International Law*, v. 87, 1993, p. 639 passim.

<sup>131</sup> Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas 51/55, 10 de dezembro de 1996; UN Doc. A/RES/51/55, 9 January 1997.

<sup>132</sup> Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas 53/71, 4 de dezembro de 1998, UN Doc. A/RES/53/71, 4 January 1999.

A Resolução 819 de 16 de abril de 1993 do Conselho de Segurança da ONU <sup>133</sup> indicou que a República Federal da Iugoslávia deveria tomar todas as medidas necessárias para a prevenção do crime de genocídio e reafirmou a condenação por todas as violações do Direito Internacional Humanitário, em particular a prática da “limpeza étnica”.

Igualmente, a Resolução 859 de 24 de agosto de 1993 <sup>134</sup> afirmou a continuidade da Bósnia como Estado-membro das Nações Unidas, reafirmando o princípio da inaceitabilidade de aquisição de território por força e recordou a responsabilidade individual pela perpetração de crimes de guerra e outras violações do Direito Internacional Humanitário.

Até um milhão de pessoas foram mortas em Ruanda entre abril e julho de 1994. Para conter e punir esses excessos, em 1994, o Conselho de Segurança da ONU adotou o estatuto do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda, adaptando o estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia. O Tribunal foi instituído para julgar os conflitos entre hutus e tutsis.<sup>135</sup>

A África, como se sabe, é um continente extremamente heterogêneo, e várias violações dos direitos humanitários ocorrem de muitas formas e a todo o momento. Desde genocídio, escravidão, desaparecimentos em massa e tortura, a denegação do direito à liberdade de expressão e imprensa, são poucas as violações que não possam ser encontradas de alguma forma nesse continente. Embora todos estes problemas tenham sua origem remota no passado trágico do continente que viu a sua história sacudida por três dramas maiores - o colonialismo, a escravatura e o tráfico de escravos - têm como causas recentes os regimes ditatoriais, os conflitos armados e corrupção endogeneizada. Pode-se ainda citar entre as causas/consequências de violações dos direitos humanitários o *apartheid*, a subalternização da mulher e o registro de diversos massacres dos quais sobressaem pelos horrores, os perpetuados no Ruanda e no Burundi, em Angola, na Serra Leoa e mais recentemente no Darfur, Sudão.

---

<sup>133</sup> Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 16 de abril de 1993. UN Doc. S/RES/819, 16 April 1993.

<sup>134</sup> Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 24 de agosto de 1993. UN Doc. S/RES/859, 24 August 1993.

<sup>135</sup> CALETTI, C., Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986>>. Acesso em: 30 set. 2004.

A história de Ruanda é pontuada de pesadas provações. Na ausência de uma vontade coletiva, a comunidade internacional não soube se unir para colocar em prática uma diplomacia preventiva eficaz, tomando consciência muito tardiamente da gravidade dos fatos. E, quando teria sido necessário dar mostras de determinação, ela se mostrou hesitante, recusando-se a assumir o necessário engajamento.

O caso africano tem contribuído para lapidar e melhor precisar o Direito Internacional Penal. Foi a partir da experiência do Ruanda com os inúmeros casos julgados, como o caso Jean-Paul Akayesu, perante o Tribunal Internacional Penal *ad hoc* lá instituído, que os crimes de estupro cometidos direta e sistematicamente contra mulheres de etnia tutsi, foram considerados em seu Estatuto como crime de genocídio. Essa guerra entre hutus e tutsis, com cerca de 800.000 mortos, teve como uma das marcas mais abomináveis a violação de mulheres como instrumento de guerra.

Em abril de 1994, 22 condenados são executados em Kigali, diante de uma audiência de 30 mil pessoas, gerando críticas de organismos de defesa dos direitos humanos. O Tribunal Internacional instituído pela ONU em 1996 para julgar os envolvidos no genocídio emite sua primeira sentença em 2 de setembro de 1998: condena o ex-prefeito de Taba, o hutu Jean-Paul Akayesu, por crimes contra a humanidade, seqüestro, estupro e violência sexual. Dois dias depois, o ex-primeiro-ministro ruandês Jean Kambanda, também hutu, acusado de genocídio, é condenado pelo mesmo Tribunal à prisão perpétua.

A contribuição maior desse Tribunal foi a definição do crime de genocídio, especificado em dois sentidos: 1) o ato criminal foi realizado com a intenção de destruir um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, embora possa ser cometido até contra um só indivíduo; 2) a lesão grave à integridade física ou mental dos membros de um grupo e a violência sexual contra as mulheres, realizadas sempre com a mesma intenção.

Deve-se, finalmente, recordar de que foi com a instauração do Tribunal *ad hoc* para Ruanda que a negação da impunidade começou a se impor. Essa exigência de justiça é um dos fundamentos de todo e qualquer processo de paz duradoura; também é uma arma de dissuasão diante dos crimes mais graves.

Ao primeiro sinal, é preciso saber tomar as medidas necessárias para suspender a engrenagem da violência. Um número excessivo de trágicos

precedentes, como em Ruanda, na Bósnia ou no Kosovo, faz lembrar que, diante das violações dos direitos humanitários que constituem ameaças à paz e à segurança internacionais, é preciso intervir sem demora. Mas, para ser eficaz, a ação coletiva deve ser plenamente legítima: é preciso, portanto agir dentro do respeito ao direito e com o aval da comunidade internacional.

## 8

### TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A existência de crimes de guerra sempre houve, mas não um julgamento visando a apreciar sua responsabilidade. A idéia de se realizar esse procedimento só vai ocorrer com a 1ª Guerra Mundial. Em 1919, foi constituída uma comissão para apreciar a responsabilidade dos autores da guerra, que recomendou a punição das pessoas acusadas de crimes e a constituição de um tribunal para julgar tais indivíduos.

Durante a 1ª Guerra Mundial houve violação das leis de guerra. Contudo, não havia um clima favorável ao desenvolvimento de um tribunal internacional penal.

A 2ª Guerra Mundial com os seus inúmeros crimes trouxe à discussão novamente a idéia de se criar uma corte internacional criminal.

Em 17 de julho de 1998, em Roma, uma Conferência diplomática das Nações Unidas decidia pelo estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional permanente, que teve seu Estatuto aprovado por 120 votos a favor, 7 contra e 21 abstenções, num mundo de 160 delegações participantes.

O Decreto Presidencial n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002, promulgou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, anteriormente ratificado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 112, de 6 de junho de 2002. A norma internacional, vigente no ordenamento interno, dentre outras disposições, estabeleceu a competência jurisdicional do Tribunal Penal Internacional (TPI) para o julgamento dos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão e definiu as respectivas condutas penalmente relevantes.

A atuação do Tribunal Penal Internacional não subtrai a competência jurisdicional interna, mas, pelo contrário, pressupõe a sua não incidência, enquanto que a sua jurisdição não antecede nem tampouco se sobrepõe a jurisdição nacional, mas a complementa, pressupondo sempre o fundado receio de que os responsáveis pelas condutas descritas no art. 5º do Estatuto de Roma possam permanecer injustificadamente impunes.

O Tribunal Penal Internacional se destacou, em primeiro lugar, por suas características únicas: além de ser um tribunal internacional estabelecido em caráter *ad hoc* e somente com a finalidade de julgar violações graves aos Direitos

Humanitários cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, instituiu a responsabilidade penal dos indivíduos no plano internacional e julgou-os por crimes que não se encontravam ainda tipificados à data em que foram praticados por nenhum documento internacional global.

Através dele, pela primeira vez, o Estado foi levado ao banco dos réus para responder, perante a comunidade internacional, pelos crimes aos Direitos Humanitários cometidos por intermédio de seus agentes, dentro de seu território e contra seus próprios nacionais. Retirou-se, outrossim, a aura de inatingibilidade que até então permitia que os Estados tratassem, em nome da soberania, qualquer incidente ocorrido dentro de seu território como mero assunto interno de seu exclusivo interesse.

Neste mesmo enfoque, Joanisval Brito Gonçalves discorre a respeito da significação deste Tribunal, que teria como proposta fundamental ser uma corte permanente com jurisdição global que tem por objetivo a investigação e o julgamento de indivíduos, e não Estados, que tenham cometido os chamados crimes internacionais, tais como genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.<sup>136</sup>

Traduz o texto mencionado que o Tribunal Penal Internacional deverá ser composto de juízes com conhecimento tanto de Direito Internacional quanto de Direito Penal, tendo personalidade internacional, e poderá exercer suas funções e poderes no território de qualquer Estado-Parte e, por acordo especial, em outro Estado, e, terá sua sede em Haia, na Holanda. Dita corte internacional deverá ter poder de compelir pessoas a se apresentarem ao Tribunal, produção de provas, oitiva de testemunhas e julgamento daqueles acusados de tais delitos.

A composição básica é de 18 juízes eleitos por maioria absoluta pela assembléia dos Estados-Parte, para um mandato de nove anos. Sendo que os magistrados deverão ter um mandato único de nove anos sem direito a reeleição, mas, poderão, entretanto, continuar no cargo para concluir um caso.

O Ministério Público, como não poderia deixar de ser, deverá atuar de forma independente, como órgão separado da corte. Estará encarregado de receber relatórios e informações sobre crimes de competência do Tribunal, podendo dar início a investigações e à ação penal perante o Tribunal Penal Internacional. O art.

---

<sup>136</sup> GONÇALVES, J. B., Revista Consulex, Brasília, n.º 37, jan. 2000, p. 26 et. seq.

42 do Estatuto de Roma declara que os membros do Ministério Público não estarão sujeitos a quaisquer instruções externas à Promotoria.

O Estatuto, nos seus artigos 77 e seguintes, traz o rol das penas que poderão ser aplicadas pelo Tribunal Penal Internacional, são elas:

- f) reclusão até trinta anos, e
- g) prisão perpétua, quando o justificarem a extrema gravidade do crime ou as circunstâncias pessoais do condenado.

Acrescida à reclusão, a Corte poderá decidir pela imposição de multa ao condenado, bem como o confisco de bens e haveres provenientes do crime.

O TPI tem o propósito de ser uma instituição permanente exercendo a jurisdição sobre os nacionais dos Estados-partes, sem que haja restrições espaciais ou temporais. O Tribunal possuirá a faculdade de exercer jurisdição sobre as pessoas que tenham cometido crimes graves de transcendência internacional, mas só terá competência para processar e julgar quando o Estado-parte não demonstrar disposição, condições de investigar, processar e julgar os crimes ou quando o processo não estiver sendo conduzido de forma imparcial.

Para analisar cada um dos crimes internacionais que o TPI aborda, importante relatar os ensinamentos de Tarciso Dal Maso Jardim, que conceitua:

137

O genocídio foi uma das principais preocupações do pós-guerra, sendo tal *animus* convertido em instrumento internacional já em 9 de dezembro de 1948: a ‘Convenção para a Prevenção e a Sanção do Delito de Genocídio’ – Assembléia Geral, res. 260 A (III). Essa Convenção, em seu Art. 2º, identifica o genocídio como qualquer ato praticado, em tempo de paz ou guerra (Art. 1º), com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como assassinato ou dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; subjugação intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasione a destruição física total ou parcial; medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo e transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.(...)

Dentro dessa concepção, não somente os responsáveis diretos pelo genocídio serão punidos, mas também quem conspirar, incitar direta e publicamente ou tentar cometer o

---

<sup>137</sup> Ver a íntegra do texto em JARDIM, T. D. M. Disponível em <[www.dhnet.org.br/direitos/sip1/ROMA/part.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip1/ROMA/part.htm)>. Acesso em: 13 de set. 2005.

genocídio, assim como aqueles que manterem a cumplicidade.  
(...)

(...) Os crimes aqui mencionados são, primeiro, as chamadas “infrações graves” consagradas nas quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949; segundo, outras violações graves a leis e costumes pertinentes a conflitos armados internacionais e, terceiro, violações graves em conflitos de caráter não internacional.

(...)

O terceiro grupo de crimes, ao lado da inclusão dos crimes sexuais, constituiu em grande vitória da sociedade civil internacional em matéria de crimes de guerra, pois inclui as violações em conflitos armados não internacionais, que atualmente englobam a maioria dos conflitos. (...).

Em relação ao TPI, o §1º, do art. 7º do Estatuto, dispõe que por Crimes de Lesa Humanidade teríamos os seguintes atos: a. assassinato; b. extermínio; c. escravidão; d. deportação ou traslado forçado de populações; e. encarceramento ou outra privação grave da liberdade física em violação de normas fundamentais de direito internacional; f. tortura; g. violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou outros abusos sexuais de gravidade comparada; h. perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria fundada em motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de gênero ou outros motivos universalmente reconhecidos como inaceitáveis pelo direito internacional, em conexão com qualquer ato mencionado no presente parágrafo ou com qualquer crime de competência do Tribunal; i. desaparecimento forçado de pessoas; j. “apartheid”; k. outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grandes sofrimentos ou atentem gravemente contra a integridade física ou à saúde mental ou física. Esses atos, para serem considerados como um Crime de Lesa Humanidade, devem ser cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com o conhecimento de tal ataque, conforme prescreve o §1º, do art. 7º do Estatuto. (...)

O Art. 30 do Estatuto, que versa sobre tais elementos de intencionalidade, determina que os elementos materiais do crime devem ser cometidos com intenção e conhecimento, sendo esse último definido como a consciência de que as circunstâncias existem ou que a consequência ocorrerá no curso ordinário dos fatos.

Destinado a julgar todos esse crimes acima citados, o TPI contém cláusulas que os Estados Unidos contestam, principalmente em relação à comparação política dos colonatos israelitas a crime de guerra e a noção de agressão.<sup>138</sup>

O Tribunal também poderá estabelecer princípios para reparações às vítimas, incluindo restituição, compensação e reabilitação. O Tribunal tem a prerrogativa de determinar o âmbito e a extensão de algum dano, perda e ofensa às vítimas, assim como determinar à pessoa condenada a fazer alguma reparação específica. Um Fundo em favor das vítimas e seus familiares deve ser estabelecido. Devem estar incluídos como recursos para o Fundo o dinheiro e os bens recolhidos mediante multas e penalidades impostas pelo Tribunal.

Todos os Estados, partes ou não do Estatuto, são obrigados diante do atual direito internacional a julgar os responsáveis por genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra em suas próprias cortes ou extraditá-los para um Estado capaz e disposto a fazê-lo mediante um julgamento justo. Além disso, em Dezembro de 1973, a Assembléia Geral da ONU adotou os Princípios de cooperação internacional na identificação, detenção, extradição e punição de pessoas responsáveis por crimes de guerra e crimes contra a humanidade na Resolução 3074,<sup>139</sup> declarando que todos os Estados devem cooperar reciprocamente no plano bilateral ou multilateral para levar a julgamento os responsáveis por tais crimes.

Nossa Constituição deve sobrepujar as incompatibilidades existentes, à medida que a corte poderá se tornar um modelo de justiça penal e de julgamento

---

<sup>138</sup> O governo dos EUA recusa-se decididamente a ratificar o Tratado de Roma. Washington firmou acordos bilaterais com 24 países, para que não entreguem cidadãos americanos ao TPI. Utilizaram a pressão econômica para convencer esses países: por exemplo, a nação que quer apoio econômico dos EUA ou tem um tratado de livre comércio deve comprometer-se a não entregar ao TPI nenhum cidadão americano. Além de querer garantir a imunidade de seus cidadãos, os EUA são movidos na sua decisão pelo fato de que a “guerra preventiva”, como a teorizada e praticada pelo presidente Bush contra o Iraque, seja considerada um delito de agressão. A atitude da superpotência contradiz a linha seguida por esse país no passado, tendo impulsionado várias vezes processos similares. O exemplo mais recente dessa linha dos EUA é a recusa a entregar Saddam Hussein, capturado no dia 15 de dezembro de 2003, a um tribunal internacional. Os motivos podem ser vários: o medo de que o ex-ditador iraquiano revele segredos do apoio que, no passado, os EUA deram a seu regime; o temor de que, num tribunal imparcial, os EUA acabem incriminados por crimes de guerra. Tudo pode ser resumido no medo de os americanos perderem qualquer controle sobre um tribunal internacional. Cabe ressaltar ainda que o TPI, ao contrário do que o governo norte-americano defende, não representa uma ameaça à soberania dos Estados, pelo contrário, representa o fortalecimento do sistema jurídico internacional.

<sup>139</sup> Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas de 3 de dezembro de 1973. UN Doc. A/RES/3074/28, 3 December 1973.

justo, sanando possíveis insucessos de tribunais nacionais, que deixam, muitas vezes, impunes os criminosos que violam os direitos humanitários.

Assim já se pode notar grande avanço em nossa Carta Magna, após a Emenda Constitucional número 45 de 08 de dezembro de 2004 que incluiu o § 4º no artigo 5º, qual seja: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

O TPI remediou limitações políticas e jurídicas inerentes aos tribunais *ad hoc*, como a instalação em alguns casos e não em outros, o viés político das escolhas do Conselho de Segurança para instaurá-los e o perigo do excesso desses tribunais.

Criou um mecanismo com força para condenar pessoas que ofendem gravemente os direitos humanos e o direito humanitário.

Está tentando tornar a Corte Criminal Internacional um modelo de justiça penal e de julgamento justo, constituindo um patamar constitucional para a implementação interna ou internacional das normas de proteção da pessoa humana.

## PARTE III – CRIMES DE GUERRA E RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

### 9

#### A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

Responsabilizar alguém pressupõe imputar-lhe a responsabilidade pela prática de um dano. Objetiva precipuamente o restabelecimento de uma situação patrimonial ou pessoal anterior de quem foi lesado.

O estudo da responsabilidade internacional do Estado em guerra é assunto que não tem sido versado em quase todos os livros modernos sobre tais conflitos armados. Uma das raras exceções é Castrén que dedica poucas páginas a este instituto, abordando ainda assim, a guerra interna.<sup>140</sup>

A eclosão da 1ª Guerra Mundial implica significativa alteração na forma dos Estados encararem a guerra. O evidente fracasso do sistema de alianças, estruturado desde a Conferência Européia de 1845, levou a uma guerra de resultados devastadores jamais vistos em qualquer outro conflito na história do homem. Essa trágica constatação fez com que uma série de planos e projetos de paz começassem a ser alinhavados ainda durante o curso da guerra, de tal sorte que, ao seu final, resultou na criação da Sociedade das Nações, como parte dos acordos de paz firmados entre 1917 e 1920. No processo de discussão da paz, em inúmeros momentos, vem à baila o conceito de responsabilidade pela declaração de guerra ou ainda pela participação em guerra de agressão. A base para a cobrança de indenizações de guerra, decorrentes do uso ilegal da força armada é consequência daquela apuração de responsabilidade.

É preciso ainda observar que a aplicação do instituto da responsabilidade é de certo modo um progresso, vez que anteriormente os Estados cobravam as indenizações a que julgavam ter direito através da intervenção armada, como a da esquadra inglesa, alemã e italiana que bombardeou a Venezuela em 1902.

Em seu célebre tratado, Grócio elenca as causas da guerra em três categorias fundamentais: a) a defesa contra a agressão externa, efetiva ou iminente, não

---

<sup>140</sup> CASTRÉN, E., Civil War. In: *Annales Academiae Scientiarum Fennicae*, série B. t. 142. Helsinki: Suomalainen Tiedekatemia, 1966, p. 224 et. seq.

cogitando Grócio de uma defesa meramente preventiva; b) a retomada do que é legalmente devido ao Estado; e c) a punição do Estado agressor.<sup>141</sup>

As teorias surgidas no final do século XIX sustentam a obrigatoriedade do Estado de indenizar ao estrangeiro que tenha sofrido dano em guerra civil. Defendiam a responsabilidade do Estado com fundamento de que ele não cumprira com o seu dever de manter a ordem pública. Assim ele é responsável por atos do governo, como também dos revoltosos, admitindo-se uma restrição quando estes atos fossem praticados nas partes de seu território onde a ordem social não tivesse ainda estabelecida, por exemplo, aquelas ocupadas por tribos selvagens.

Brusa, em 1898, com a denominada teoria da expropriação sustenta que a indenização deve ser dada pelo Estado com o mesmo fundamento que é dado quando o Estado expropria bem de estrangeiro por utilidade pública.<sup>142</sup>

Em 1900, Fauchille expôs a teoria do risco estatal no instituto do Direito Internacional. No seu tratado o internacionalista francês defende a responsabilidade do Estado sempre que houver violação de uma norma de Direito Internacional Público. Sustenta-o como o Estado tem lucro com os estrangeiros em seu território, estes deverão ser indenizados.<sup>143</sup>

H. Accioly sustenta a não-responsabilidade do Estado, porque a guerra civil é caso de força maior. E acrescenta que, da mesma forma que o Estado não pode responder por danos resultantes de inundações, tremores de terra, erupções vulcânicas e outros flagelos ou cataclismos telúricos, por estarem fora do seu alcance, assim também não responderão pelos prejuízos decorrentes de fatos inevitáveis, como os motins e as guerras civis. Observa este internacionalista que esta doutrina vem sendo sustentada pelo governo brasileiro desde 1839 ao responder em uma nota, pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros do Império Antonio Peregrino Maciel Monteiro, a uma reclamação do governo francês em virtude de distúrbios ocorridos no Pará.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> GRÓCIO, H., *De iure belli ac pacis*. Trad. Para inglês de Francis Kelsey. Oxford: Clarendon Press, 1925, Prolegomena, par. 29.

<sup>142</sup> EAGLETON, C., *The Attempt to Define War*, International Conciliation, 1933, n. 291, Carnegie Endowment for International Peace, Worcester, Mass.

<sup>143</sup> FAUCHILLE, P., *Traité de droit international public*. t. I, 1ª parte. Paris: ed. Rousseau, 1922, p. 517 et. seq.

<sup>144</sup> ACCIOLY, H., *Tratado de Direito Internacional Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 1956, p. 328 et. seq.

O governo legal é o representante do Estado e pode praticar os atos que seu direito interno lhe dá competência, desde que não haja violação do Direito Internacional.

Quando se trata de crimes de guerra, dentro de um raciocínio estritamente jurídico, a responsabilidade é do Estado que os praticou.

A violação do direito de guerra acarreta a aplicação de sanções que podem ser: represálias, opinião pública, a punição do responsável pela violação e o ressarcimento do dano.<sup>145</sup> As represálias apesar de usadas são condenadas porque acabam por atingirem terceiros que não praticaram pessoalmente as violações.

O regime jurídico de reparação dos prejuízos causados por uma guerra internacional se faz através de leis especiais, fundamentando-se no princípio da reconstrução do país. A Inglaterra, por exemplo, possibilitou a adoção de um sistema de indenização às vítimas de bombardeios de guerra, através de ampliação de planos de seguros particulares contendo a cobertura para essas hipóteses.

O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional dos Estados, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.

Quando se trata de violação dos direitos humanitários e há clara evidência que os crimes de guerra são esse tipo de violações, o professor Antônio Augusto Cançado Trindade explica:

Como assinala a jurisprudência internacional sobre a matéria, os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados clássicos que regulamentam os interesses recíprocos entre as Partes, consagram valores comuns superiores, consubstanciados em última análise na proteção do ser humano. Como tais, requerem interpretação e aplicação próprias, dotados que são, ademais, de mecanismos de supervisão próprios.<sup>146</sup>

Mais adiante esclarece:

O Estado pode perfeitamente ser responsabilizado no plano internacional pelo descumprimento de normas convencionais, ainda que busque este estribar-se em lei ou norma constitucional interna; não é esta apenas uma possibilidade teórica, há inúmeros casos em que isso tem ocorrido, como revela a rica jurisprudência sob a Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Estas duas últimas só atuam em favor do vencedor e a opinião pública é uma sanção moral que nem sempre atua.

<sup>146</sup> TRINDADE, A. A. C., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 438.

<sup>147</sup> *Ibid*, p. 439.

Evocando o pensamento de Frits Kalshoven, Blischenko assinala que “foi no século XX que se introduziram nas relações internacionais a responsabilidade dos Estados e dos particulares por violação do Direito Internacional Humanitário e das leis e costumes de guerra”. Cita-o art. 227<sup>148</sup> do Tratado de Versalhes como propósito de desenvolver o reconhecimento da responsabilidade no Direito Internacional Humanitário.<sup>149</sup>

Quem é na verdade o responsável pela guerra quando esta é travada? Sem dúvida, todos os homens e mulheres que votaram a favor dela e que colaboraram para planejá-la, iniciá-la e executá-la.

Não se pode ignorar que, quando o assunto é guerra, a obrigação é mais forte, pois não se trata de fazer o bem, mas de impedir um grave mal.

O Estado como um todo é responsável pelos seus comandantes e soldados e a responsabilidade destes é limitada à faixa de sua própria atividade e autoridade. Eles precisam tomar decisões que são indubitavelmente de verdadeira relevância.

As convenções de guerra exigem, por exemplo, que soldados aceitem riscos pessoais para não matarem pessoas inocentes. A questão não se resume a salvar a si mesmo, deixando que outros morram; mas, sim, matar outros para melhorar suas próprias chances de vitória. Portanto, por sua própria disposição assassina, os indivíduos sempre são responsáveis, mesmo quando, por estarem sujeitos à disciplina militar, a responsabilidade não seja exclusivamente sua. Quanto mais alto o posto e maior o alcance de seu comando, maiores são as responsabilidades.

O mundo da necessidade é gerado por um conflito entre a sobrevivência coletiva e os direitos humanitários. Não há atitude honrosa ou ética que um homem possa tomar, nenhum procedimento isento de culpa e responsabilidade pelo mal provocado. Precisa-se tomar o cuidado para não desviar o olhar diante de tudo o que acontece em guerras e batalhas, sem condenar nada. Trata-se simplesmente de crimes. O mundo da guerra não é um lugar plenamente compreensível, muito menos satisfatório em termos morais. Dele não se pode, entretanto, escapar se não houver uma ordem universal em que a existência de

---

<sup>148</sup> O artigo 227 estipulava a necessidade de o Kaiser Alemão ser responsabilizado criminalmente por sua conduta atentatória à paz mundial.

<sup>149</sup> BLISCHENKO, I. P. Responsabilidad en Casos de Violaciones del Derecho internacional humanitario. In: *Las Dimensiones del Derecho Humanitario*. Madrid: UNESCO, 1990, p. 277.

nações e povos jamais possa ser ameaçada. São inúmeras as razões para trabalhar por uma ordem dessas.

O avanço do Direito Internacional aplicável à guerra não corresponde aos progressos da humanidade em outros ramos da vida. É impossível eliminá-la da humanidade e suprimi-la não é senão uma ilusão.

A responsabilidade primária pela observância dos direitos humanitários recai nos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem tais tratados, os Estados-Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção,<sup>150</sup> a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos.

Portanto, uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanitários, em perspectiva, é sem dúvida o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violações desses direitos.

---

<sup>150</sup> No tocante ao direito brasileiro, cf. A. A. Cançado Trindade (Editor). *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro* (Seminários de Brasília e Fortaleza de 1993). 2. ed. Brasília/San José: IIDH/ CICV/ ACNUR/ CUE/ ASDI, 1996, p. 7 et. seq.; Ibid. *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*. San José/ Brasília: IIDH/ Fundação F. Naumann, 1991, p. 1 et. seq.; PIOVESAN, F. op. cit., 1997, p. 11 et. seq. e MELLO, C. D. A. op. cit., 1994, p. 165 et. seq.

## RESPONSABILIDADE PENAL DECORRENTE DO CRIME DE GUERRA

Desde a criação do mundo há a idéia de que o Direito Penal foi o primeiro a surgir dentro de uma coletividade humana, disciplinando seu comportamento.

A Bíblia relata a história de Adão e Eva que viviam no Jardim do Éden e que foram proibidos por Deus de comerem do fruto proibido, pois se comessem, certamente morreriam.<sup>151</sup> Como desobedeceram à ordem divina, eles foram expulsos do paraíso e ao se analisar esse acontecimento depara-se com a lei que é o não comer do fruto, com o crime cometido que foi a violação daquela lei e a pena, ou seja, expulsão do Éden.

No Livro dos Mortos, no Código de Manu, no Código de Hamurabi, nas leis de Eshunna, Lipt-Istar, Bilalama, Ur-Namur e até nos Dez Mandamentos verificase com a tese de que a não observância de determinadas disposições acarretaria punição.

A Comissão de Direito Internacional<sup>152</sup> considera crime internacional “una violación por un Estado de una obligación, tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional, que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto”. Esta Comissão menciona crimináveis:

- a) una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;
- b) una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a livre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;
- c) una violación grave y en grand escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del

---

<sup>151</sup> Livro de Gênesis, capítulos 2 e 3.

<sup>152</sup> A Comissão de Direito Internacional considera crime internacional: “uma violação por um Estado de uma obrigação, tão essencial para a proteção de interesses fundamentais da comunidade internacional, que sua violação está reconhecida como crime por essa comunidade em seu todo”. Esta Comissão menciona como crimináveis:: a) uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a manutenção da paz e da segurança internacionais, como a que proíbe a agressão; b) uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a segurança do direito a livre determinação dos povos, como a que proíbe o estabelecimento ou a manutenção pela força de uma denominação colonial; c) uma violação grave e em grande escala de uma obrigação internacional de importância essencial para a proteção do ser humano como as que proíbem a escravidão, o genocídio, o apartheid; d) uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a proteção do ambiente humano, como as que proíbem a contaminação da atmosfera ou dos mares. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional – III de 1976, p. 30.

ser humano como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid;  
d) una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación de la atmósfera o de los mares.

Hans Kelsen considera o homem como indivíduo internacional munido de determinados deveres para com a comunidade e, portanto “hay normas de derecho internacional que determinam directamente al individuo que por su propia conducta puede cometer o abstenerse de cometer el acto ilícito internacional. Esas normas de derecho internacional establecen la responsabilidad individual”.<sup>153</sup>

Para Guilherme Fierro direito penal internacional é “o conjunto de normas que determinam los limites reciprocos de las distintas competencias nacionales en el orden penal y en la obligación de asistencia y auxilio en la represión de la delincuencia que mutuamente se deben entre si los diversos Estados”.<sup>154</sup>

É certo que numa guerra produzem-se todas as condições favoráveis às condutas criminosas.

Giacomo Macrì fornece um valioso exemplo dessa questão quando relata o caso de um ato criminoso punível perpetrado na guerra franco-germânica de 1870, quando os comandantes alemães, temerosos de que as forças inimigas rompessem os binários ferroviários, obrigaram a viajar em seus comboios pessoas preeminentes, para que fossem as primeiras vítimas em caso de desastre provocado. Ocorrências como esta em que alguém é exposto deliberadamente a perigo, transformando em refém ou escudo defensivo, é evidentemente por sua deslealdade um crime de guerra.<sup>155</sup>

Os crimes de guerra são violações que representam um perigo extremamente grave e que a sua impunibilidade significa a total falência de todo um sistema internacional de cooperação.

---

<sup>153</sup> “Hans Kelsen considera o homem como indivíduo internacional munido de determinados deveres para com a comunidade e, portanto possui normas de direito internacional que determinam diretamente ao indivíduo que por sua própria conduta pode cometer ou abster-se de cometer o ato ilícito internacional. Esas normas de direito internacional establecen a responsabilidade individual”. KELSEN, H., *Principios de Derecho Internacional Público*. Trad. Hugo Caminos e Ernesto C. Hermida. Buenos Aires: Librería El Ateneo, 1965, p. et. seq.

<sup>154</sup> “Para Guilherme Fierro direito penal internacional é o conjunto de normas que determinam os limites recíprocos das distintas competencias nacionais na ordem penal e na obrigação de assistência e auxílio na repressão da delinquência que mutuamente os diversos Estados devem entre si”. FIERRO, G., *La Ley Penal y el Derecho Internacional*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 6.

<sup>155</sup> GIACOMO, M., op. cit., p. 305.

Se as leis e os sistemas postos em prática na esfera do direito penal, por um lado, rarefazem os crimes, crescem estes, por outro lado, em face da complexidade dos fenômenos sociais hodiernos dos quais emergem novas causas de crimes. Os tratados e leis internacionais, se por um lado rareiam as guerras, por outro, a multiplicidade das estreitas relações entre os povos atualmente dão não menos causas de conflitos.

A abolição da guerra no campo da sociedade internacional pode-se comparar à extirpação do crime na sociedade interna se considerar que ambas essas perturbações têm como fonte indiscutível o homem.

O “direito de guerra” é chamado nesse caso de “direito do crime”, pois a guerra sanciona os crimes convertendo-os em atos honestos e legítimos, vinda a guerra a ser na realidade um direito ao crime.

Não faltam criminosos que tentam fugir da responsabilidade de seus atos reprováveis, sob a alegação de que obraram em razão de obrigatoriedade disciplinar ou hierárquica. É assente em Direito Penal que nenhuma ordem manifestamente ilegal pode ser cumprida, o que dá ao subalterno o direito de repulsa ou descumprimento. Se o subalterno executar a ordem conscientemente, atuará em dolo. Se a ilegalidade do ato for duvidosa ou discutível, atuará em culpa. Em qualquer hipótese, o que ordena a prática de ilegalidades, responderá por elas, na forma da lei nacional ou internacional, conforme o caso. Tanto o que ordena a prática do crime, como o que obedece, são responsáveis pelo evento.

Em 1949, os Estados tomaram decisão em Genebra, firmada em quatro convênios que são reconhecidos no homocentro do Direito Internacional Humanitário, o qual embora sem condições de impedir conflitos, terá possibilidade de interferir beneficentemente, inspirando maior equilíbrio à conduta mútua dos beligerantes, coibindo os excessos costumeiros. Por intermédio dos convênios, foi firmada a responsabilidade dos chefes militares. A estes foi estendida a repressão das infrações na sua área de competência.

De fato, os parágrafos 1º e 3º do art. 87 do Protocolo I impõem um dever de supervisão assim expressado:

1. As Altas Partes Contratantes e as Partes em Conflito exigirão que os chefes militares, no referente aos membros das forças armadas que estão às suas ordens e as demais pessoas que se encontrem sob sua autoridade, impeçam as infrações dos Convênios e do presente Protocolo e, em caso de necessidade,

proceda à repressão e à denúncia da ocorrência às autoridades competentes.

3. As Altas Partes Contratantes e as Partes em Conflito obrigarão a todo chefe que tenha conhecimento de que seus subordinados ou outras pessoas sob sua autoridade vão cometer ou tenham cometido uma infração dos Convênios ou do presente Protocolo que tome as medidas necessárias para impedir tais violações dos Convênios ou do presente Protocolo e, em caso necessário, promova uma ação disciplinar ou penal contra os autores da violação.

A respeito dos crimes de guerra, institui-se assim, no sistema do direito de Genebra, o recurso à competência penal universal de todos os Estados-Partes nos Tratados de Genebra.

A Lei soviética sobre a responsabilidade criminal por práticas militares desviadas, diz em seu art. 31: “A pilhagem, a destruição ilegal de propriedade, a violência, assim como os confiscos de bens sob pretexto de necessidade militar em zonas de operações bélicas são castigadas com pena de prisão de três a dez anos ou pena de morte”.<sup>156</sup>

A consequência deste sistema universal de repressão que obriga o Estado que não tenha feito comparecer o culpado dos crimes de guerra perante os seus próprios tribunais, a extraditá-lo para que seja julgado sob todas as garantias de devido processo judicial, exclui a possibilidade de que os crimes de guerra fiquem sem o apropriado julgamento.

É uma questão de *lege ferenda* que haja uma transformação o mais rápido possível do atual Direito Penal, não só o internacional como o de cada nação.

As organizações internacionais precisam adquirir o necessário prestígio e poder para intercederem com eficácia, pois o mundo ainda necessita de policiamento. Em benefício da humanidade nenhum esforço deve ser poupado.

---

<sup>156</sup> TUNKIN, G. Y., *Curso de Derecho Internacional*. Libro 2. Moscú, Ed. Progreso, 1979, p. 309.

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO CRIME DE GUERRA**

A existência de um aparelho de sanções no direito internacional humanitário condiciona, de maneira fundamental, sua eficácia.

O seu propósito é punitivo como o de todo sistema de sanções, mas esta estrutura também tem um propósito preventivo, pois sua introdução no direito interno dos Estados condiciona a sua influência sobre o comportamento das pessoas e sobre a atuação do próprio Estado para, ao mesmo tempo, castigar, advertir e prevenir.

Claro que o primeiro objetivo das sanções internacionais é cumprir com os compromissos internacionais, proporcionando-lhes adequadas garantias de segurança jurídica.

Também se deve levar em conta o impacto do princípio de igualdade dos Estados soberanos que exclui a possibilidade de um aparato punitivo que submeteria uns à autoridade jurisdicional de outros (*par in parem non habet justitia*).<sup>157</sup>

“A soberania é una e indivisível, não se delega a soberania, a soberania é irrevogável, a soberania é perpetua, a soberania é um poder supremo, eis os principais pontos de caracterização com que Bodin fez da soberania no século XVII um elemento essencial do Estado”.<sup>158</sup>

Devem-se tratar os Estados como comunidades providas de autodeterminação independente de sua organização política interna ser livre ou não; independentemente de os cidadãos escolherem o governo e debaterem abertamente as políticas executadas em seu nome ou não.<sup>159</sup>

A soberania, que no passado esteve umbilicalmente jungida à figura do monarca, o qual por sua vez encarnava o caráter da divindade, hoje se apresenta de uma forma bastante diversa. Sob o prisma da democracia, ainda abordando questões históricas, a doutrina da soberania pode ser dividida em: soberania popular e soberania nacional. A primeira, mais democrática, difundia a soberania a todos os membros da comunidade, sendo, por consequência, cada um deles

---

<sup>157</sup> MELLO, C. D. D. A, *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed., vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 1006 et. seq.

<sup>158</sup> BONAVIDES, P. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 1996, p. 126.

<sup>159</sup> MILL, J. S., *A Liberdade.Utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

titular de uma parcela da mesma, de modo que todos fossem iguais politicamente. A soberania nacional, de outro lado, ao invés de pulverizar a soberania, absorve-a e delega a um único ente, qual seja, a Nação. A diferença básica entre ambas as doutrinas reside na legitimidade para o sufrágio popular: uma restringe tal legitimidade e a outra a concede a todos os cidadãos.

A questão da soberania não se adstringe apenas às citadas características doutrinárias e históricas, de modo que atualmente seu conceito é bastante abrangente, sendo utilizado em inúmeras situações para justificar vários atos do Poder Público, e, por que não dizer, dos entes privados.

O poder da soberania exercido pelo Estado encontra fronteiras não só nos direitos da pessoa humana como também nos direitos dos grupos e associações, tanto no domínio interno quanto no internacional.

Notadamente no plano internacional, a soberania é limitada pelos imperativos da coexistência de Estados soberanos.

A noção emergente de “responsabilidade internacional” é ainda mais rica de conseqüências porque precede uma nova reflexão sobre o conceito de soberania nacional.

Muito freqüentemente afirma-se que o Direito Internacional Público tem um caráter meramente declaratório, pois as infrações de suas normas não encontram uma devida sanção, ou seja, que seu aparato de repressão deixa impune a quem contravenha suas regras.

As leis de guerra nada dizem sobre questões mais complexas como o nível de cuidado que deve ser tomado ou o a que custo o soldado está lutando. Elas deixam que as decisões mais cruéis sejam tomadas pelos homens que estejam no local, com referência apenas a suas noções comuns de moral às tradições militares do exército ao qual servem. Eis um exemplo de um incidente extraído das memórias de Frank Richards, soldado que lutou na Primeira Guerra Mundial:

Quando lançávamos bombas em porões ou abrigos subterrâneos, era sempre prudente jogar as bombas primeiro depois dar uma olhada neles. Mas naquele lugarejo precisávamos ter muito cuidado, pois havia civis em alguns dos porões. Nós gritávamos para o pessoal lá embaixo para ter certeza. Um dia outro soldado e eu gritamos para dentro de um porão duas vezes e, não tendo recebido resposta, estávamos a ponto de tirar os pinos de nossas bombas quando ouvimos uma voz de mulher, e uma moça veio subindo pela escada do porão...Ela e a família...não saíam [do porão] havia alguns dias. Imaginaram que um ataque estivesse ocorrendo e, quando

gritamos pela primeira vez, ficaram apavorados demais para responder. Se a moça não tivesse gritado no instante em que gritou, nós teríamos inocentemente assassinado todos eles.<sup>160</sup>

As mortes não premeditadas, mas previsíveis causam preocupação.

Na realidade, o funcionamento deste sistema de sanções civis no Direito Internacional depende da vontade política dos Estados. Não se trata nem da imperfeição, nem das carências jurídicas desse sistema de sanção, mas sim de meios de implementá-lo no direito interno e fazê-lo respeitar nas relações internacionais.

Estudos realizados sob a perspectiva da assistência humanitária geralmente tratam das catástrofes oriundas de ações humanas chamadas urgências humanitárias complexas, de suas causas e conseqüências, bem como da assistência ao repatriamento e retorno de refugiados e deslocados<sup>161</sup>. Análises do ponto de vista da reabilitação – algumas vezes chamadas de reconstrução pós-conflito – giram em torno de estratégias de recuperação não somente de infra-estruturas, mas também do tecido social e econômico em países afetados pela guerra através da promoção da reintegração dos retornados, incluindo desmobilizados e grupos vulneráveis, e o relançamento de economias moribundas<sup>162</sup>. Perspectivas desenvolvimentistas chamam a atenção para governança e a sociedade civil, bem como para as políticas socioeconômicas dirigidas ao alcance da segurança humana e do desenvolvimento sustentável<sup>163</sup>. Elas se baseiam geralmente em planos de longo prazo e favorecem enfoques participativos.

---

<sup>160</sup> RICHARDS, F., *Old Soldiers Never Die*. Nova York, [s.n.], 1966, p. 198.

<sup>161</sup> FERRIS, E. G. *Beyond Borders: Refugees, Migrants and Human Rights in the Post-Cold War Era*. Geneva: WCC, 1993 p. xxxvi et. seq.; DUFFIELD, M. Complex Emergencies and the Crisis of Developmentalism, *IDS Bulletin* 25, 1994, p. 37 et. seq.; RUIZ, H. A. Emergencies: International Response to Refugee Flows and Complex Emergencies, *International Journal of Refugee Law – Special Issue*, 1995, p. 148 et. seq.; ZIECK, M. *UNHCR and Voluntary Repatriation of Refugees*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1997, p. xi passim; KLUGMAN, J., Social and Economic Policies to Prevent Complex Humanitarian Emergencies – Lessons from Experience. *Unu wider POLICY Brief* 2, 1999, p. viii passim.

<sup>162</sup> HARVEY, P., Rehabilitation in Complex Political Emergencies: Is Rebuilding Civil Society the Answer?. In: *IDS Working Paper* 60, 1997, p. 1 et. seq.

<sup>163</sup> SHAW, T. M., Beyond Post-Conflict Peacebuilding: What Links to Sustainable Development and Human Security?, *International Peacekeeping*, 3, 1996, p. 36 et. seq.; NANA-SINKAM, S. C., From Relief and Humanitarian Assistance to Socio-Economic Sustainability: Rehabilitation, Reconstruction and Development with Transformation as the Ultimate Solution, *International Journal of Refugee Law*, Special Issue OAU/Addis Ababa symposium on Refugees and Forced Population Displacement in Africa, 8-10 September 1994, jul. 1995, p. 186 et. seq.

Como resultado, 127 casos de desintegração do Estado foram identificados, com base em 50 guerras revolucionárias, 59 conflitos étnicos, 88 crises de regime e 36 casos de violações graves de direitos humanos<sup>164</sup>.

Um novo conceito de responsabilidade faz parte do dicionário do Direito Internacional.

De acordo com a prática internacional, são três os elementos da responsabilidade internacional. O primeiro deles é a existência de um fato internacionalmente ilícito. O segundo elemento é o resultado lesivo. O terceiro é onexo causal entre o fato e o resultado lesivo.

O Estado comete atos violadores do Direito Internacional por intermédio de pessoas e é sempre necessário avaliar quais atos por elas cometidos podem vincular o Estado.<sup>165</sup> A imputação de certa conduta ao Estado é, antes de tudo, uma operação jurídica. Tal imputação ocasiona a responsabilidade do Estado por violação de direitos humanitários, não importando a natureza ou o tipo de ato.

Quando analisada a responsabilidade do Estado, este não fica sujeito às limitações de um tribunal nacional (que deve respeitar a coisa julgada local), mas somente àquelas impostas pelo Direito Internacional.

Mas como podemos destacar um Estado culpado ou inocente numa guerra? Como podemos avaliar o valor do dano causado e sua reparação civil?

Depois de analisados os crimes de guerra e suas principais características, tem-se uma base para abordar a possível responsabilidade civil decorrente dos mesmos.

### **11.1.**

#### **Numa guerra, como saber se um Estado é culpado ou inocente?**

Os atos de guerra podem ser separados em atos praticados por particulares durante a guerra e em atos praticados pelas forças armadas estatais em guerra.

De um modo geral, os atos de guerra são todos aqueles que estão relacionados com a guerra, desencadeados pela atuação das operações militares,

---

<sup>164</sup> ESTY, D. C.; GOLDSTONE, J. A.; GURR, T. R.; HARFF, B.; LEVY, M.; DALBEKO, G. D.; SURKO, P.T. e UNGER, A. N., State Failure Task Force Report: Phase II Findings, *Environment Change & Security Project Report*, n.º 5, verão de 1999, p. 52.

<sup>165</sup> SHAW, M. *International Law*. Cambridge: Grotius Publications, Cambridge University Press, 1995, p. 488.

podendo ser preparatórios para a guerra ou mesmo operações bélicas, consistindo na ocupação, danificação ou destruição de bens.

Em um segundo momento, passou-se a aceitar a responsabilidade do Estado por motivo de solidariedade nacional e de justiça, conforme salientou Lino Moraes Leme: “Em se tratando de danos causados por guerra, mesmo civil, o Estado não deve indenização, a menos que entenda dever conceder, parcial ou completo, por espírito de solidariedade nacional”.<sup>166</sup>

Para o direito francês, “a guerra consiste num estado de beligerância entre duas nações”,<sup>167</sup> sendo somente indenizáveis os danos causados por atos de guerra se houver fundamentação legal especial e em um contexto social, ocorrendo à mesma hipótese no direito italiano.

Doutro lado, nas guerras civis os atos de guerra sempre serão perpetrados por particulares, cabendo ao Estado a obrigação de indenizar tão somente nos casos em que, numa situação em que foi chamado a prevenir o dano, sendo possível fazê-lo, for omissos.

Sobre seu território, área terrestre do Estado, somada aos espaços hídricos de interesse puramente interno, que se circunscrevem no interior dessa área sólida, o Estado exerce jurisdição, detêm uma série de competências para atuar com autoridade. A generalidade da jurisdição significa que o Estado exerce no seu domínio territorial todas as competências de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional. A exclusividade significa que, no exercício de tais competências, o Estado local não está referente à concorrência de qualquer outra soberania. Só ele pode tomar medidas restritivas contra pessoas, detentor que é do monopólio do uso legítimo da força pública. Não se invoca o princípio da justiça universal frente à soberania do Estado.

O professor Márcio Garcia conceitua:

Parece certo dizer que, de acordo com o direito internacional, a imunidade do Estado se refere ao conjunto de regras e princípios que determinam as condições em que é lícito ao Estado estrangeiro invocar sua não – sujeição aos tribunais de um homólogo. Tal invocação, no entanto, sofre abrandamento não só nos tratados que cuidam da matéria, mas também na interpretação dos tribunais nacionais. A restrição baseia-se, em

---

<sup>166</sup> LEME, L. M., *Direito Civil Comparado*. São Paulo: RT, 1962, p. 134.

<sup>167</sup> *Ibid*, p. 47.

geral, na distinção entre atos de império (*acta iure imperii*) e atos de gestão (*acta iure gestionis*).<sup>168</sup>

O autor Ernane Fidélis dos Santos analisa a questão da seguinte forma:

O Estado é soberano e, em razão disto, não encontra óbice para estabelecer limitação a sua atividade jurisdicional.

Outros Estados, porém, existem, também independentes e soberanos. Daí encontrarem-se, no exercício da jurisdição, limites naturais que decorrem da própria coexistência das unidades de ordem internacional.

O Estado, sendo soberano, pode estender a jurisdição até onde julgar oportuno e conveniente, mas isto não impede que outros também o façam e, na prática, anulem atividade jurisdicional alienígena, nos limites de sua soberania.

Para que se evitem tais inconvenientes, o Estado, no campo jurisdicional, procura estabelecer sua competência, de tal modo que sua soberania seja resguardada e sem que fique inócua sua atividade, conhecendo de causas, cujo julgamento, fatalmente, não teria sentido por impossibilidade de aplicação na esfera da soberania de outros Estados. É a “Competência de Jurisdição” que o Código de Processo Civil chama de “Competência Internacional” (arts. 88/90).

...

Afora as exclusões, não importa sobre o que verse a demanda contra estrangeiro aqui domiciliado. Poderá haver aplicação de normas estrangeiras, conforme as determinações do Direito Internacional Privado brasileiro, mas a causa, qualquer que seja ela, é conhecida e julgada por nossos tribunais.<sup>169</sup>

Celso de Albuquerque Mello esclarece que a imunidade de jurisdição não é uma regra geral do Direito Internacional Público, mas sim uma exceção ao direito soberano dos Estados de exercer a jurisdição em seu território.<sup>170</sup>

A questão dos privilégios e garantias dos representantes de certo Estado soberano junto ao governo de outro constituem, atualmente, objeto de duas convenções: uma sobre relações diplomáticas (1961) e outra sobre relações consulares (1963); encerram, também, normas de administração e protocolo diplomático e consulares, dizendo da necessidade de que o governo do Estado local tenha exata notícia da nomeação de agentes estrangeiros de qualquer natureza ou nível para exercer funções em seu território, da respectiva chegada ao

---

<sup>168</sup> GARCIA, M., Imunidade do Estado: quem disse que o rei não erra?. In: *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Coord. por Antenor Pereira Madruga Filho e Márcio Garcia. Brasília: CEDI, 2002, p. 90.

<sup>169</sup> SANTOS, E. F. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988 – 1994, p. 119 et. seq.

<sup>170</sup> MELLO, C. D. D. A., *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 330.

país, e da de seus familiares, bem como da retirada; e do recrutamento de súditos ou residentes locais prestar serviços à missão.

Os detentores de privilégio estão obrigados, não obstante, a respeitar as leis e regulamentos do Estado territorial. O primado do direito local no que tem de substantivo é indiscutível. Nas relações com o meio local deve o Estado estrangeiro, por norma costumeira, e devem seus agentes diplomáticos e consulares conformarem-se com as proscricções do direito local.

Fica claro que nenhum dos dois textos de Viena diz da imunidade daquele que, na prática corrente é o réu preferencial, ou seja, o próprio estado estrangeiro.

O artigo 27 do Estatuto de Roma aborda as imunidades de natureza penal quando esclarece que:

O presente Estatuto aplicar-se-á, igualmente, a todas as pessoas, sem qualquer distinção que seja baseada em sua qualidade oficial; em especial à qualidade oficial de chefe de Estado ou de governo, membro de governo ou parlamento, representante eleito ou funcionário governamental. Em caso algum eximirá uma pessoa de responsabilidade penal, de acordo com o presente Estatuto, nem constituirá, per si, motivo para redução da pena. As imunidades e as normas processuais especiais vinculadas à qualidade oficial de uma pessoa, seja de acordo com o Direito interno, seja de acordo com o Direito Internacional, não impedirão o Tribunal de sobre ela exercer sua jurisdição.

A imunidade quanto à responsabilidade civil não está prevista nos textos de Viena e não está prevista em nenhuma forma escrita de direito internacional público e sim, resultante de uma regra costumeira do Direito das Gentes, que deixou de existir na década de setenta. Assumiu-se, portanto, uma postura excludente da imunidade em feitos decorrentes de toda interação entre a agência representativa do Estado estrangeiro e o meio local desvestido de oficialidade.

Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, na Apelação Cível n.º 9.696-3 – SP, às fls. 38/48:

... Não bastasse a convenção européia, vem depois o legislador norte-americano e edita, em 21 de outubro de 1976, o Foreign Sovereign Immunities Act, lei minuciosa naquilo que dispõe, e que assume a mesma diretriz da convenção. Seu texto é também casuístico, e menciona expressamente, entre as causas não alcançadas pela imunidade, aquelas pertinentes à responsabilidade civil (§ 1605, 2 e 5)... a imunidade não é mais absoluta. Não são alcançados pela imunidade os desdobramentos de toda espécie de interação contratual, de natureza trabalhista, entre a missão diplomática ou consular e

peças recrutadas in loco, bem assim as ações indenizatórias resultantes da responsabilidade civil ... E deixava claro que o princípio da imunidade absoluta não mais prevalece ... uma coisa é certíssima: não podemos mais, neste Plenário, dizer que há uma sólida regra de direito internacional costumeiro, a partir do momento em que desertam dessa regra os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha e tantos outros países do hemisfério norte ... a imunidade teria desaparecido por força de regra constitucional onde se vê que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito....

O relator deste voto, o então Ministro Francisco Rezek comentou sua decisão da seguinte forma:

Depois da decisão do Supremo no caso em que envolveu a então República Democrática Alemã, ficou visto que o Tribunal não tinha como manter, não tinha como preservar o discurso que, ao longo de décadas, ele pôs à mesa na hora de dizer que não há ação possível diante da Justiça brasileira contra uma soberania estrangeira que não quer se submeter a essa Justiça doméstica. Naquele momento, foi preciso dizer – e nem foi tão precoce essa constatação – que aquilo em que fundávamos a imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição local era uma velha regra costumeira, cuja erosão, nos anos 70, sobretudo, a descreditou. Era o único fundamento, já que as Convenções de Viena, de 61 e 63, textos convencionais que nos obrigam, da primeira à última sílaba, as Convenções falam da imunidade de representantes diplomáticos ou consulares estrangeiros. Falam da inviolabilidade de bens pessoais de determinados agentes e da inviolabilidade também dos bens do Estado estrangeiro afetos à missão diplomática e à missão consular. Mas não falam os textos de Viena na imunidade do próprio Estado, que os ordena, que os emprega, que os manda.

...

... Ficou visto que grandes atores na cena internacional desertavam da corrente da imunidade absoluta. Não dava mais para o Tribunal brasileiro sustentar o caráter absoluto da imunidade.

... As ações têm a ver com a relação de trabalho e, eventualmente, têm a ver com a responsabilidade civil resultante do infortúnio, eventualmente, têm a ver com as conseqüências na ordem civil de determinado ato ilícito, têm a ver, enfim, com uma relação contratual ou resultante do ilícito civil estabelecida no Brasil e regida pelas leis locais, porque este é o ponto que jamais foi posto em discussão: nas suas relações com o meio local, a diplomacia estrangeira está sujeita ao direito local ... Tudo isso se rege pelas leis do Brasil. Tudo isso se rege pelas leis do Estado local.<sup>171</sup>

---

<sup>171</sup> REZEK, F., A imunidade das organizações internacionais no Século XXI. In: *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. coord. por Antenor Pereira Madruga Filho e Márcio Garcia. Brasília: CEDI, 2002, p. 14 et. seq.

Não é diferente o posicionamento no direito comparado, onde podemos citar Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, secretário da Corte Suprema da Argentina e professor da Universidade de Buenos Aires:

Por su parte, en lo relativo al ámbito jurisprudencial, los ejemplos son también claros tanto si se observa el derecho comparado, como si se sigue la evolución de la jurisprudencia argentina sobre la materia. Encuanto a la jurisprudencia extranjera, es conocida y permanentemente citada la sentencia del Bundesverfassungsgericht de la República Federal de Alemania, del 30 de abril de 1963 (curiosamente, el mismo año en que la legislación argentina inicia su, sin embargo, lento ‘giro’ hacia la tesis moderna) y en la que, entre otros aspectos de valor, se da cuenta de la jurisprudencia de los variados países que, a esse momento, habían adoptado la tesis de la inmunidad de jurisdicción relativa.<sup>172</sup>

E ainda mais sobre o assunto, trata a professora Maria de Assis Calsing:

Por isso, podemos dizer, com toda certeza, que tanto a norma escrita quanto a norma consuetudinária podem ser utilizadas, concomitantemente, para a apreciação que ora se faz da imunidade estatal.

Examinando as Convenções de Viena já mencionadas, verifica-se que, em momento algum, aqueles diplomas estabelecem a imunidade do Estado Acreditante perante o Estado Acreditado (para usar a linguagem convencional), a não ser quando falam sobre a inviolabilidade dos bens da Missão. As Convenções tratam, especificamente, das imunidades e privilégios dos agentes diplomáticos e dos agentes consulares e não do Estado em si.<sup>173</sup>

Os Estados Unidos da América, no Foreign Sovereign Immunities Act de 1976, aboliu a imunidade nos feitos relacionados com danos, ferimentos ou morte produzidos pelo Estado estrangeiro no território local.<sup>174</sup>

Mesmo em casos de guerra, a vida, a integridade física, o bem-estar da pessoa são alguns dentre vários valores que devem ser respeitados e cuidados,

---

<sup>172</sup> CABANILLAS, R. R., Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución en la Corte Suprema de Justicia de la Argentina. In: *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002, p. 110.

<sup>173</sup> “Por sua parte, relativo ao âmbito jurisprudencial, os exemplos são também claros tanto quando se observa o direito comparado quanto na evolução da jurisprudência argentina sobre a matéria. Enquanto que na jurisprudência estrangeira a sentença do Bundesverfassungsgericht da República Federal da Alemanha de 30 de abril de 1963 (curiosamente o mesmo ano em que a legislação argentina inicia, não obstante, sua lenta transformação para uma tese moderna) é conhecida e permanentemente citada e nisso, em outros aspectos de valor, se dá conta da jurisprudência dos vários países que, nesse momento, haviam adotado a tese da imunidade de jurisdição relativa”. ASSIS CALSIN, M., Distinção entre a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro e das organizações internacionais, em matéria trabalhista. In: *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002, p. 207.

<sup>174</sup> UNITED STATES. Foreign Sovereign Immunities Act of 1976. Pub. L. 94-583.

portanto, se algum Estado, se prevalecer da situação da guerra e atingir esses valores, ele deverá indenizar seus titulares.

A guerra não dispensa um Estado de cumprir as leis locais ou que fique isento de responsabilidade em termos jurídicos. Não fosse a proteção diplomática, é provável que o beligerante aja de modo distinto.

Nos termos de Carlos Eduardo Caputo Bastos e Antenor Pereira Madruga Filho:

... Assim, se uma lei interna tiver como objetivo impor ao Estado uma posição unilateral, em relação às obrigações internacionais, estará o Judiciário obrigado a observá-la, ressalvadas, repita-se, as hipóteses de violação a preceitos constitucionais de convivência internacional ou a normas internacionais de estatura constitucional. Essa é a interpretação que se pode extrair, em relação ao Brasil, da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de considerar possível a inaplicação de tratado internacional por determinação de lei interna.<sup>175</sup>

Nádia de Araújo, ao analisar o desenvolvimento histórico do conceito de imunidade de jurisdição, afirma:

Determinada a imunidade, é preciso estabelecer sua amplitude. De início possuía caráter ilimitado, e em sua versão moderna, encontra-se limitada aos atos de império. Não significa falta de responsabilidade, mas que naquela jurisdição não se pode acionar o Estado, o que não impede que se faça isso na jurisdição estrangeira. Rosalyn Higgins aponta as dificuldades de como efetuar a distinção dos atos de império dos atos de gestão. O tribunal local sempre terá que analisar o caso concreto para determinar a classificação correta.<sup>176</sup>

Adiante, acrescenta:

Em 1989, em apelação cível, o STF negou imunidade à República Democrática Alemã em causa de natureza trabalhista. Esse transformou-se no *leading case* do assunto, não só pelo voto do relator, que interpretara a mudança de paradigma a partir das novas regras da Constituição de 1988, mas também graças ao voto do ministro Francisco Rezek, que em sua análise efetuou a distinção entre *jus imperii* e *jus gestionis*, alinhando-se ao moderno direito internacional público vigente nas nações civilizadas.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> BASTOS, C. E. C.; MADRUGA FILHO, A. P., *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002, p. 134.

<sup>176</sup> ARAÚJO, N., *Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 219.

<sup>177</sup> *Ibid*, p. 224.

Eis alguns trechos da lição do professor Guido Fernando da Silva Soares, que trata da origem desses institutos:

Nos finais do Século XIX, a partir de 1882, os judiciários da Itália foram os primeiros a lançar uma distinção entre *atti di impero*, onde o Estado agia como “ente político” e *atti di gestione*, onde o mesmo se apresentava como um “ente morale”, no que foram seguidos pelos tribunais da Bélgica e do Egito, que adotaram aqueles conceitos, com os nomes de: *acta jure imperii* (atos praticados no direito de império) e *acta jure gestionis* (atos praticados no direito de gestão), estes últimos também denominados *acta jure negotii* (atos no direito negocial)... Como não poderia deixar de ser, as tipologias e critérios, na comparação dos vários sistemas jurídicos dos Estados da família romano-germânica dos direitos, passaram a ser tão variados, quantos são os característicos de cada sistema jurídico daqueles Estados, em particular, com as interpretações extremamente individualizadas dos respectivos tribunais superiores internos.

Foi nos EUA, país da Common Law, com extraordinária experiência em questões perante os tribunais, que envolviam seus nacionais e estados estrangeiros, que a primeira norma jurídica escrita (statute law) de um direito nacional, sobre a questão das imunidades do Estado estrangeiro perante tribunais judiciários locais, entrou em vigor. Trata-se da lei federal (federal statute), Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, conhecido pela sigla: FSIA. O exemplo dos EUA seria imediatamente seguido pelo Reino Unido (United Kingdom State Immunity Act of 1978), Singapura (Singapour State Immunity Act of 1979), Paquistão (Pakistan State Immunity Ordinance of 1981), África do Sul (South Africa Foreign States Immunity Act of 1981, com emendas em 1985), Canadá (Canada Act to Provide for State Immunity in Canadian Courts of 1982) e Austrália (Australian Foreign States Immunities Act N° 196 of 1985). Tais leis escritas adotam, com alguns variantes, a técnica de expressamente enumerar quais atividades empreendidas pelo Estado estrangeiro (ou entidades de direito interno do mesmo, que são tratadas ‘como se fossem o Estado’) que não se beneficiam das imunidades de jurisdição frente aos tribunais nacionais ....<sup>178</sup>

O professor Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, que a respeito escreveu:

Como ha glosado la Corte, detrás de dicha declaración – que halla su origen en el famoso incidente suscitado en Italia com motivo de la sumisión de que fuera objeto la Argentina a los tribunales de esse país en la causa Franco Gronda – late el hecho de que, en el caso, la República Argentina ha admitido la distinción entre actos de gobierno y actos de gestión, toda vez que mediante dicho texto se ‘contempla la posibilidad de

---

<sup>178</sup> SILVA SOARES, G., Origens e justificativas da imunidade de jurisdição. In: *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Coord. por Antenor Pereira Madruga e Márcio Garcia. Brasília: CEDI, 2002, p. 48 et. seq.

que un estado extranjero pueda ser sometido a la jurisdicción argentina cuando el Poder Ejecutivo declare que existe falta de reciprocidad al respecto, es decir, que esse Estado acepta reclamos contra la Argentina ante sus tribunales...<sup>179</sup>

A visão de que a jurisdição é um poder sem limites não enxerga a realidade, sendo que a função jurisdicional como uma das expressões do poder soberano, encerra-se normalmente nos mesmos limites da soberania. Sobre isso, ressaltam Carlos Eduardo Caputo Bastos e Antenor Pereira Madruga Filho que “as funções estatais, em regra, prendem-se ao território do Estado, principal espaço da soberania. Os conflitos que basicamente importam à atividade jurisdicional são aqueles ocorridos no interior do território do Estado. Um dos limites mais nítidos à jurisdição, portanto, são as fronteiras do próprio território nacional”.<sup>180</sup>

Ressalta o professor Antenor Pereira Madruga Filho:

... O Estado que é réu em ação judicial movida numa jurisdição estrangeira continua soberano, igual, independente e sujeito de todos os privilégios, garantias e obrigações que lhe atribui o direito internacional. Ocorre apenas que o rol dessas garantias não há mais a imunidade de jurisdição para os “atos de gestão”. A direção político-econômica do Estado, em que se inclui os limites da intervenção na economia, é matéria nitidamente inserida no domínio reservado da soberania. Isto é, o papel do Estado na economia – entre os extremos de simples regulador a monopolizador de toda a atividade econômica – deve ser escolha soberana, sobre a qual a sociedade internacional ou outros Estados não devem intervir, considerando-se que essa escolha não tenha efeitos ultra-vires. Assim, aparentemente, não caberia ao direito internacional determinar se esta ou aquela atividade do Estado é própria de soberanos (*acta jure imperii*) ou de particulares (*acta jure gestionis*).<sup>181</sup>

Já o professor Márcio Garcia, faz uma análise mais detalhada sobre essas duas definições:

Boa parte da doutrina define ato de império como sendo aquele em que o Estado age como entidade soberana. Quando o Estado

---

<sup>179</sup> Desde que a Corte adotou, atrás da dita declaração – que encontra sua origem no incidente famoso suscitado na Itália com o motivo da submissão de que fora submetida a Argentina aos tribunais desse país na cusa Franco Gronda – irrita o fato de que, em tal caso, a República Argentina tenha admitido a distinção entre atos de governo e atos de gestão, toda vez que mediante dito texto se ‘contempla a possibilidade de que um estado estrangeiro possa ser submetido à jurisdição argentina quando o Poder Executivo declare que existe falta de reciprocidade no aspecto de que esse Estado aceita reclamações contra a Argentina ante seus tribunais...’. CABANILLAS, R. R., op. cit., p. 110.

<sup>180</sup> BASTOS, C. E. C.; MADRUGA FILHO, A. P., op. cit., p. 143.

<sup>181</sup> MADRUGA FILHO, A. P., Desenvolvimento da imunidade de jurisdição dos Estados soberanos: Teoria da fundamentação autônoma. In: *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002, p. 253.

se equipara ao particular, cuida-se de ato de gestão ... Maria Di Pietro sugere, por exemplo, que o ato de império é aquele “praticado pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes”. Por ato de gestão, a administrativista entende que seriam os “praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares”.

O direito administrativo não tem, entretanto, a prerrogativa da definição. Outros ramos da ciência do direito (civil, constitucional, internacional) estariam, por igual, aptos a apresentar suas distinções. Nesse domínio, inexistente o conforto da unanimidade.

...

O tema tem a complexidade própria da cena internacional ... Em 1989, a Suprema Corte estadunidense não teve dificuldade em reconhecer a imunidade da República Argentina em ação movida por proprietário de navio avariado pela força aérea daquele país durante a guerra das Malvinas (*Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 109 S. Ct. 683, 1989). O uso das forças armadas em conflito bélico é exemplo típico de função estatal, ponderou a Corte. Em outra oportunidade, agora em solo Britânico, o desfecho foi ligeiramente distinto. Estava em jogo a transferência de aeronaves da Kuwait Airways para a Iraqi Airways Company realizadas por oficiais iraquianos após a invasão de território do Kuwait. A Corte de Apelação reverteu a decisão de origem ao argumento de que, à vista das “circunstâncias do caso” (*sic*), não se tratava de ato de império, mas de gestão.<sup>182</sup>

Um ato ilícito internacional consiste em uma conduta atribuível, de acordo com o Direito Internacional, para um Estado, e que constitui a violação de uma obrigação internacional desse Estado.

Desde que um Estado desfrute de soberania para isto, da possível capacidade jurídica mais ampla possível no Direito Internacional, todo o Estado é suscetível de ser considerado como autor de um ato ilícito internacional que compromete sua responsabilidade internacional.

Por outro lado, a ilicitude de uma conduta atribuída a um Estado se estabelece qualificando o ato com base no estabelecido através de normas internacionais primárias.

Um ato ou fato é “do Estado” quando se lhe atribui. A atribuição ou imputação de um ato ilícito internacional para um Estado é uma operação jurídica

---

<sup>182</sup> GARCIA, M., op. cit., p. et. seq.

que deve realizar-se com base nas normas específicas do próprio Direito Internacional.

Como bem ressalta o comentário do professor Jorge Fontoura:

... Quando agentes do Estado cometem deslizes, transgridem leis do Estado acreditado, ao contrário de verificarmos a falência do instituto, estamos, sim, diante da comprovação de sua necessidade. Daí a importância de estudar-se acuradamente a doutrina das imunidades nas academias diplomáticas, fomentadoras da correta atitude deontológica de futuros representantes externos do Estado.<sup>183</sup>

Conforme o Direito Internacional é imputável a um Estado, todos os comportamentos de seus órgãos, qualquer que seja a natureza dos poderes públicos que são titulares – legislativo executivo ou administrativo e judicial. Quando esses comportamentos se tornam ilícitos a fim de prejudicar pessoas de bem, sobranceiam desrespeitosos das leis e regulamentos locais, com o falso argumento de se tratar de comportamentos de pessoas extraterritoriais acima das leis dos respectivos países.

A doutora Zulmira Maria de Castro Baptista esclarece:

A atribuição pode ter lugar garantido se os órgãos que ultrapassam as competências, que são regulares de acordo com o Direito interno (*actos ultravires*), ou atuam infringindo, de algum modo, o próprio Direito interno ou as instruções que puderam receber a esse respeito do Estado. Tudo o que o Direito Internacional exige nesses casos é que exista pelo menos uma aparência de exercício de funções públicas. Mas se o ato carece de toda aparência de exercício de funções públicas, a situação se equipara à de “responsabilidade em casos de atos particulares”, e o Estado só poderá responder em seu caso por não saber as medidas exigíveis para impedir o ato ilícito ou por não sancionar ao autor do mesmo.

...

A sanção ordinária de um registro internacionalmente ilícito, quer dizer que constitui uma violação do Direito Internacional, é a colocação em jogo da responsabilidade do Estado que a criou.<sup>184</sup>

O artigo 34 da Carta das Nações Unidas, referente ao Projeto da Comissão de Direito Internacional dispõe:

Legítima defesa. A ilicitude de um fato, de um Estado que não está em conformidade com uma obrigação internacional desse

---

<sup>183</sup> FONTURA, J., Imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros e de seus agentes: Uma leitura ortodoxa. In: *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Coord. por Antenor Pereira Madruga Filho e Márcio Garcia. Brasília: CEDI, 2002, p. 78.

<sup>184</sup> BAPTISTA, Z. M. C., *O novo direito internacional público e suas conseqüências*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 200 et. seq.

Estado, será excluída se esse fato constituir uma medida lícita de legítima defesa levada em conformidade com a Carta das Nações Unidas.

Na Parte II do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, encontram-se elencados os assuntos nos quais a um Estado estrangeiro se encontra vedada a possibilidade de invocar imunidades de jurisdição, frente a um tribunal judiciário de outro Estado. Dentro os oito campos citados, destaca-se:

Art. 12. Salvo estipulação em contrário entre os Estados interessados, impossibilidade de invocar-se imunidade de jurisdição perante os tribunais de outro Estado, nas demandas relativas a responsabilidade civil, com o fim de obter-se uma reparação pecuniária por morte ou danos à integridade física dos indivíduos ou por danos ou perda total de bens, causados por um ato ou omissão alegadamente atribuídos a um Estado, tal ato ou omissão se tenha produzido, na totalidade ou em parte, no território de outro Estado e se o autor do ato ou omissão se encontrava presente no seu território, no momento do ato ou omissão.

A respeito desse projeto, bem salienta o professor Guido Fernando da Silva Soares:

... De qualquer forma, contudo parece-nos que seria de todo aconselhável ao País, acompanhar o desenvolvimento daquele Projeto de Convenção da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Imunidades do Estado, para, afinal, olhar com simpatia a possibilidade de adotá-lo. Tudo indicaria que seus termos não colidem com os princípios do direito brasileiro, a provar-se pela efetiva influência e decisivo auxílio que a Convenção Européia sobre Imunidades do Estado tem dado à exata evolução da jurisprudência nacional, lembrando-nos de que esta Convenção foi e tem sido a fonte de inspiração do Projeto da CDI; ademais, as tinturas claras e coincidentemente presentes na Convenção Européia, de defesa dos direitos humanos, igualmente estão coerentes com os princípios da Constituição Federal Brasileira de 1988.<sup>185</sup>

O artigo 49 desta mesma Carta afirma a questão da proporcionalidade. As contramedidas adotadas não serão desproporcionais em relação ao grau de gravidade do ato internacionalmente ilícito ou os efeitos deste no Estado lesionado.

O professor Márcio Garcia entende que:

... Sobre a outra exceção proposta – tema relacionado à violação dos direitos humanos –, pode-se dizer que estamos diante de

---

<sup>185</sup> SILVA SOARES. G., op. cit., p. 64 et. seq.

garantia coletiva que, partindo da solidariedade humana, protege direitos inerentes à toda pessoa. Nesse sentido, o Caso Pinochet, antes mencionado, é importante precedente. O residual ficaria para o jogo político. Para a pressão popular. Para a preservação do sentimento de justiça, da idéia do Estado de Direito etc. Em tais hipóteses, valeria a renúncia tópica do Estado eventualmente demandado.<sup>186</sup>

Não é outro o entendimento da professora Nádía de Araújo, que dispõe:

Agora, no Século XXI, essa nova jurisprudência está se construindo da perspectiva de um sistema nacional tendo como vértice a Constituição, mas partindo também da idéia da universalização dos direitos fundamentais. Assim, o papel do juiz, como intérprete do ordenamento jurídico, não pode ficar alheio aos ditames jus-filosóficos que informam a compreensão do ordenamento jurídico.

O sistema brasileiro está hoje subordinado aos critérios de proteção garantidos pelos direitos fundamentais.

...

..., abandonou-se a antiga retórica das razões de estado, em que a justificativa para a imunidade de jurisdição residia no princípio *par in parem non habet iudicio*, para dar primazia à defesa do cidadão e de seus interesses, protegidos constitucionalmente, e que face a situação da antiga imunidade absoluta não poderiam ser prejudicados.<sup>187</sup>

Como afirma o professor Guido Fernando da Silva Soares:

Dos atos internacionais multilaterais anteriormente mencionados e que regem as várias faces das imunidades, repetimos, encontram-se vigentes no Direito brasileiro: as duas Convenções de Viena, sobre Relações Diplomáticas e sobre Relações Consulares e as duas convenções: sobre privilégios e imunidades das Nações Unidas e sobre privilégios e imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas. Acham-se elas incorporadas à legislação interna, e, segundo a jurisprudência dominante dos tribunais federais superiores brasileiros, devem, como quaisquer atos multilaterais, da mesma forma quaisquer tratados e convenções internacionais, ser considerados em igual hierarquia que a legislação ordinária federal de nível infraconstitucional. A consequência de haver a jurisprudência brasileira adotado a teoria do monismo com supremacia das leis constitucionais, em detrimento das normas internacionais, aquelas convenções internacionais, portanto, podem ter seus dispositivos normativos afastados, em parte ou no todo, no caso de adotar-se norma interna no Brasil, com elas conflitante, por força de uma lei interna ordinária e federal, que lhes sobrevenha.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> GARCIA, M., op. cit., p. 98.

<sup>187</sup> ARAÚJO, N., Direitos fundamentais e imunidade de jurisdição: comentários tópicos ao RE nº 222.368, do STF. In: *A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002, p. 187 passim.

<sup>188</sup> SILVA SOARES, G., op. cit., p. 60 et. seq.

A imunidade de jurisdição, reconhecida pelo Direito Internacional Público, é aquela voltada à proteção da soberania dos Estados e de seus representantes, sem a qual não há lugar para as relações diplomáticas. A idéia original de absoluta imunidade de jurisdição deriva de um conceito hobbesiano-maquievélico, *ex parte principe*, de soberania. O princípio da soberania vem, no entanto, passando por um processo, se não de erosão, pelo menos de transformação. Os direitos humanos, nos últimos 50 anos, constituem um dos elementos que vêm pressionando o conceito tradicional de soberania. Isso ocorre na medida em que se estabelece uma série de limitações ao poder dos Estados, que se vêem obrigados a prestar contas de suas relações com os seus cidadãos a organismos internacionais.

O sistema internacional de direitos humanos, somado ao atual estágio de desenvolvimento das democracias constitucionais, abre espaço para uma perspectiva mais rousseau-kantiano de soberania, *ex parte populi*. A soberania, dessa perspectiva ética, passa a ter uma razão fundamental, que é a proteção de série de direitos das pessoas sob sua jurisdição. Aliás, como apregoam os contratualistas. Ao Estado só é legítimo o exercício do poder, enquanto este exercício estiver voltado à proteção dos direitos. À medida que o Estado deixa de realizar as tarefas para as quais foi constituído, deixa também de ser protegido pelas prerrogativas da soberania.

E dessa forma com os direitos humanitários, pois esses são um dos ramos dos direitos humanos como já citado anteriormente.

O Estatuto da Corte Penal Internacional de Roma vem, assim, introduzir mais pressão sobre o conceito tradicional de soberania. Ao estabelecer uma jurisdição internacional permanente para julgar os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o genocídio, a esfera de ação dos Estados e de suas autoridades fica ainda mais regulada pelo Direito Internacional Público. Soma-se, dessa forma, uma esfera penal/individual, à regulamentação decorrente dos demais tratados de direitos humanos.

No que se refere particularmente à imunidade de jurisdição, o Estatuto de Roma impõe um avanço muito grande. Destaque-se, em primeiro lugar, que, no caso da Corte de Roma, a imunidade de jurisdição também não se apresenta de forma clássica, uma vez que não temos um Estado e suas autoridades sendo julgados por outro Estado, à revelia de sua vontade, mas sim autoridades de um

Estado sendo julgadas por um organismo internacional, ao qual se submeteram voluntariamente os Estados.

Se for aceita que o princípio da soberania deve harmonizar-se ao da dignidade humana, encontrando-se por esse limitado, não se poderá admitir qualquer dúvida em relação à necessidade de se compreender a soberania brasileira como um instrumento de realização da dignidade humana. Aliás, qualquer constituição democrática, que respeite os direitos humanos, estará obrigada a organizar a soberania do Estado de forma instrumental.

## **11.2. O direito à reparação**

Sem dano, não há que se falar em responsabilidade civil. Assim sendo, pode-se dizer que o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil (ou do direito à reparação, se adotar o ponto de vista do lesado), juntamente com a ação lesiva e o nexu causal (ou vínculo).

Consiste o dano na lesão a bens juridicamente protegidos, como, v.g., a vida, a liberdade, a saúde, a honra, o nome, a imagem, o crédito comercial e a propriedade. Na sua caracterização jurídica, é absolutamente fundamental que entrem dois elementos:

a) o prejuízo (elemento de fato); b) a lesão jurídica (elemento de direito).

Mas nem todo dano é passível de trazer ao proscênio a teoria da responsabilidade civil. Efetivamente, o dano deve, em primeiro lugar, ser injusto, ou seja, contrário ao ordenamento jurídico. Por outro lado, para ser indenizável, deve o dano igualmente ser certo, atual, pessoal e direto, admitindo-se, no entanto:

a) o dano futuro e a perda de oportunidade; b) o *damnum infectum* e a perda de prêmio por acidente; c) o dano a pessoas da família; d) o dano por meio de reflexo.

A medida da importância do dano é dada não só pelo fato de ser ele um dos pressupostos do direito à reparação, mas também pelo alargamento que tem produzido na seara da responsabilidade civil - esta não tem mais como centro, na concepção da moderna doutrina, a noção de ato ilícito, mas sim a de dano injusto, o que lhe ampliou os horizontes e a esfera de aplicação.

Pode-se constatar, pois, que o dano representa lesão sofrida não só em componentes puramente patrimoniais, mas também em elementos da esfera moral

do titular. Em outros termos, o dano pode ser dividido em patrimonial e moral, de acordo com o critério dos reflexos na esfera jurídica atingida, que é o mais indicado para delimitar-se e caracterizar-se, com precisão, o dano moral. Este, portanto, é o resultado de golpe desfechado contra a esfera psíquica ou a moral, em se tratando de pessoa física.

Podem, pois, ser traçados os lindes da teoria do dano moral, em sua configuração mais recente, com supedâneo nos seguintes elementos:

a) responsabilização pelo simples fato da violação; b) outorga ao juiz de poderes para a definição da reparação cabível; c) acolhimento de certos fatores como de relevo na determinação da reparação; d) admissão de novas formas de reparação; e) fixação de valor de desestímulo como reparação pecuniária; f) submissão do agente à prestação de serviços na reparação não-pecuniária; g) cumulatividade das reparações por danos morais e patrimoniais. Todas as considerações expendidas sobre o dano moral, até agora, se referem à pessoa física, ao homem, ao indivíduo.

O dano também pode ser coletivo. Consiste o dano moral coletivo na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, na violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).

Ocorrido o dano moral coletivo, que tem um caráter extrapatrimonial por definição, surge automaticamente uma relação jurídica obrigacional que pode ser assim destrinchada:

a) sujeito ativo: a coletividade lesada (detentora do direito à reparação); b) sujeito passivo: o causador do dano (pessoa física ou jurídica, ou então coletividade outra, que tem o dever de reparação); c) objeto: a reparação - que pode ser tanto pecuniária quanto não-pecuniária.

Para a perfeita compreensão da matéria, podem ser citados três exemplos bem claros de dano moral coletivo:

a) o dano ambiental, que não consiste apenas e tão-somente na lesão ao equilíbrio ecológico, afetando igualmente outros valores precípuos da coletividade a ele ligados, ou seja, a qualidade de vida e a saúde; b) a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica, etc.) através de publicidade abusiva; c) o dano patrimonial, no caso de destruição de patrimônio da humanidade, entre outros.

O princípio da responsabilidade internacional do Estado, para Rosseau, é o instituto jurídico em virtude do qual o Estado a que é imputado um ato ilícito segundo o direito internacional deve uma reparação ao Estado contra o qual este ato foi cometido.

Na França os atos de guerra são indenizáveis em condições especiais estabelecidas por leis igualmente especiais. A doutrina francesa é profícua sobre o tema e, dentre os diversos doutrinadores que se ocuparam do assunto houve o constitucionalista Leon Duguit,<sup>189</sup> e antes, Vittel,<sup>190</sup> que distinguiu entre danos conseqüentes de um ato de vontade do Estado, que por exigências bélicas, de caráter preventivo, destroem bens de particulares ou concorrem com lesões ou perdas.

Um dos grandes crimes realizados durante a guerra entre civis e entre prisioneiros de guerra é a tortura, estando o indivíduo detento ou não.

De acordo com o parágrafo 2º do artigo 14 da Convenção da Tortura: “Cada Estado Parte assegurará em seu sistema jurídico, à vítima de um ato de tortura, o direito à reparação e à indenização justa e adequada, incluindo os meios necessários para a mais completa reabilitação possível. Em caso de morte da vítima como resultado de um ato de tortura, seus dependentes terão direito à indenização”.

Os Estados não podem privar as pessoas do direito de uma reparação efetiva, inclusive indenizações e total reabilitação sempre que possível.<sup>191</sup>

O Relator Especial sobre o Direito à Restituição, Indenização e Reabilitação das Vítimas de Violações Graves dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário, Cherif Bassiouni, anexou em seu relatório final à Comissão das

---

<sup>189</sup> DUGUIT, L., *Traité de Droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1930, v. 3, p. 573 et. seq.

<sup>190</sup> VITTEL. *Le Droit des Gens*. Paris: 1773 *apud* DALLARI, G., Guerra (Danni di), *In: Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1970, v. 29, p. 902.

<sup>191</sup> Comissão de Direitos Humanos, Comentário Geral 20, par. 15.

Nações Unidas sobre os Direitos Humanos em 2002<sup>192</sup> uma minuta sobre os princípios básicos e diretrizes sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações dos direitos humanos internacionais e do direito humanitário (Princípios de Van Boven-Bassiouni). Os Princípios de Van Boven-Bassiouni, apresentados no Apêndice Um deste manual, reconhecem as seguintes formas de reparação:

- a) Restituição: devem ser tomadas medidas para restituir a vítima à situação na qual ela se encontrava antes de ocorrer a violação, inclusive a restituição de seus direitos legais, posição social, vida familiar, local de residência, propriedade e emprego.
- b) Indenização: devem ser tomadas as medidas para compensar a vítima por quaisquer danos economicamente passíveis de avaliação resultante de violações, inclusive danos físicos e mentais, danos emocionais, perda de oportunidades educacionais, lucros cessantes, custos médicos e/ou legais.
- c) Reabilitação: devem ser tomadas medidas para garantir cuidados médicos e psicológico, se necessário, além de serviços de assistência jurídica e social.
- d) Satisfação e garantia de não-repetição: devem ser tomadas medidas para assegurar a cessação completa das violações, divulgação pública da verdade por trás das violações, declaração oficial de responsabilidade e/ou pedido de desculpas, reconhecimento público das violações, bem como sanções judiciais e administrativas e medidas preventivas, inclusive treinamento em direitos humanos.

O artigo 75 do TPI prevê sanções de natureza civil, porém, estas se aplicam ao agente perpetrador e não ao Estado, eis que a responsabilidade penal internacional é individual, assim vê-se:

1. O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, de ofício ou por requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão.
2. O Tribunal poderá lavrar despacho contra a pessoa condenada, no qual determinará a reparação adequada a ser atribuída às vítimas ou aos titulares de tal direito. Esta reparação poderá, nomeadamente, assumir a forma de restituição, indenização ou reabilitação. Se for caso disso, o Tribunal poderá ordenar que a indenização atribuída a título de reparação seja paga por intermédio do Fundo previsto no artigo 79.
3. Antes de lavrar qualquer despacho ao abrigo do presente artigo, o Tribunal poderá solicitar e levar em consideração as

---

<sup>192</sup> UN Doc. E/CN.4/2000/62, 18 de janeiro de 2000.

pretensões formuladas pela pessoa condenada, pelas vítimas, por outras pessoas interessadas ou por outros Estados interessados, bem como as observações formuladas em nome dessas pessoas ou desses Estados.

4. Ao exercer os poderes conferidos pelo presente artigo, o Tribunal poderá, após a condenação por crime que seja da sua competência, determinar se, para fins de aplicação dos despachos que lavrar ao abrigo do presente artigo, será necessário tomar quaisquer medidas em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 93.

5. Os Estados Partes observarão as decisões proferidas nos termos deste artigo como se as disposições do artigo 109 se aplicassem ao presente artigo.

6. Nada no presente artigo será interpretado como prejudicando os direitos reconhecidos às vítimas pelo direito interno ou internacional.

Às vezes as vítimas precisam de cuidados ou tratamentos médicos longos e caros. Às vezes ficam impossibilitadas de trabalhar em decorrência de suas experiências ou têm sua vida fundamentalmente alterada. Se a tortura tiver sido perpetrada por agentes do Estado, ou com sua aquiescência, o Estado deve, até onde seja possível, reparar o dano causado à vítima. Quando estiver dentro da sua competência, os juízes devem garantir que as vítimas de tortura recebam uma reparação que reflita integralmente a gravidade do crime ao qual foram submetidas. Se a vítima falecer em decorrência da tortura, seus dependentes têm direito à reparação.

Em seu relatório de 1997 à Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos, o Relator Especial sobre a Questão da Impunidade, Louis Joinet, elaborou uma série de princípios para a proteção e promoção dos direitos humanos por meio de ações de combate à impunidade (os Princípios de Joinet).<sup>193</sup> Esses princípios incluem:

Princípio 33. Direitos e obrigações decorrentes da obrigação de reparação. Qualquer violação dos direitos humanos dá origem ao direito de reparação por parte da vítima ou de seus beneficiários, implicando a obrigação, por parte do Estado, de efetuar a reparação e a possibilidade de a vítima buscar reparação por parte do autor do delito.

Princípio 34. Procedimentos de Reparação. Todas as vítimas deverão ter acesso a recursos prontamente disponíveis e efetivos na forma de processos penais, civis, administrativos ou disciplinares. Ao exercerem esse direito as vítimas receberão proteção contra intimidação ou represália. O exercício do direito à reparação inclui acesso aos procedimentos internacionais aplicáveis.

---

<sup>193</sup> Doc. E/CN/4/Sub.2/1997/20/Rev.1. 2 de outubro de 1997.

Princípio 35. Divulgação dos procedimentos de reparação. Procedimentos *ad hoc* que possibilitem que as vítimas exerçam seu direito à reparação devem receber a mais ampla divulgação possível pelos meios de comunicação públicos e privados. Tal divulgação deve ocorrer dentro e fora do país, inclusive por meio dos serviços consulares, principalmente nos países onde um grande número de vítimas tiver sido forçado ao exílio.

Princípio 36. Alcance do direito à reparação. O direito à reparação deve cobrir todos os danos sofridos pela vítima. Deve incluir medidas individuais com relação ao direito à restituição, indenização e reabilitação, bem como medidas gerais de satisfação. No caso de desaparecimento forçado, quando o destino da pessoa desaparecida tiver se tornado conhecido, a família da vítima tem o direito imprescritível de ser informada sobre o fato e, no caso de falecimento, o corpo da vítima deve ser devolvido à família tão logo seja identificado, independentemente de os autores do crime terem sido ou não identificados, processados ou julgados.

As tendências atuais em matéria de reparação são as seguintes:

a) o montante das reparações é em função do grau de responsabilidade.

Assim na 1ª Guerra Mundial a Bélgica recebeu reparação integral, porque a violação da Alemanha em relação a ela foi a mais grave;

b) as despesas com a guerra não são indenizadas, só o sendo as perdas em virtude de operações militares;

c) os Estados são responsáveis pelos atos de crime cometidos.

Paulo Emílio Borges de Macedo traz uma importante contribuição quando relata em sua obra a divisão das cláusulas do Tratado de Versalhes. Dentro dessa divisão, importante ressaltar a cláusula econômica nas palavras desse autor:

Cláusula Econômica: A Alemanha pagaria uma indenização a ser fixada por uma comissão de reparações que calcularia uma reparação para a população civil. Nenhum tratado de paz europeu até então contemplou esse tipo de cláusula. O *quantum* foi fixado em 1921, em U\$ 7 bilhões; porém, em razão do desenrolar dos juros, a Alemanha parou de pagar em 1923. Em represália, a França invadiu e ocupou o Ruhr – área industrial produtora de carvão – até a dívida ser saldada. Em conseqüência, a moeda alemã sofreu a maior hiperinflação da história (isso acarretou a ajuda americana e inglesa de 1924, o Plano Dawes, que acaba com a inflação).<sup>194</sup>

Muitas outras decisões foram a favor das vítimas em caso de crimes de guerra internacional e até guerra civil, no caso da Bósnia e Ruanda.

---

<sup>194</sup> BORGES DE MACEDO, E. V., *A guerra e a Cooperação Internacional*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 93 et. seq.

Mais que sacrificar inocentes e soterrar qualquer esboço de tolerância, as guerras provocam um tipo de perda praticamente irreparável: a destruição do patrimônio cultural dos povos em conflito.

A guerra do Iraque foi um divisor de águas na história mundial, por ter liquidado com a função das Nações Unidas como árbitro dos conflitos internacionais.

A reparação é conseqüência maior do descumprimento de uma obrigação internacional. Logo, aquele Estado que descumpriu obrigação internacional prévia deve reparar os danos causados.<sup>195</sup>

Por reparação entenda-se toda e qualquer conduta do Estado infrator para eliminar as conseqüências do fato internacionalmente ilícito, o que compreende uma série de atos, inclusive as garantias de não-repetição. Com isso, o retorno ao *status quo ante* é a essência da reparação, mas não exclui outras fórmulas de reparação do dano causado.

Inicialmente, a vítima tem o direito de exigir do autor do ato internacionalmente ilícito a *restitutio in integrum*, ou seja, o retorno ao *status quo ante*. Essa forma de reparação é considerada pela doutrina e jurisprudência internacional a melhor fórmula na defesa das normas internacionais, já que permite a completa eliminação da conduta violadora e de seus efeitos. Busca-se, prioritariamente, por meio dos mecanismos da responsabilidade internacional do Estado, o retorno à situação internacional anterior à violação constatada.<sup>196</sup> No caso de violações de direitos humanitários, a primazia do retorno ao *status quo ante* é de grande importância, já que os direitos protegidos referem-se, por definição, a valores fundamentais à dignidade humana.

Outrossim, o Estado violador de obrigação internacional deve interromper imediatamente sua conduta ilícita, sem prejuízo de outras formas de reparação. A cessação da conduta violadora do Direito Internacional é considerada exigência básica para a completa eliminação das conseqüências do fato ilícito internacional, podendo servir como preservação do comando da norma primária mediante a

---

<sup>195</sup> Nesse sentido, a Corte Permanente de Justiça Internacional decidiu que a responsabilidade internacional do Estado acarreta a reparação do dano sofrido. Corte Permanente de Justiça Internacional. *Case concerning the factory at Chorzów*. Publications P.C.I.J., Série A, n. 17, julgamento de 13 set. de 1928, p. 47.

<sup>196</sup> RAMOS, A. C. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 252 et. seq.

utilização das normas secundárias da responsabilidade internacional do Estado.<sup>197</sup>

No caso de a violação não poder ser completamente eliminada pelo retorno ao *status quo ante*, deve o Estado violador indenizar pecuniariamente a vítima pelos danos causados.

A indenização tem-se mostrado como a forma corrente de reparação de violação de direitos humanos, porque possibilita reparar a lesão por meio do pagamento de valores pecuniários.<sup>198</sup>

A reparação deve ser utilizada como forma complementar à restituição na íntegra, se esta última for insuficiente para reparar os danos constatados.

A indenização só deve ser aplicada como forma de reparação caso seja constatada a impossibilidade material do retorno ao *status quo ante*. Somente quando for impossível o gozo do direito ou liberdade violados, deve a indenização ser o conteúdo da reparação devida.

A agressão militar contra o Iraque constituiu necessidade profunda do grande capital internacional, especialmente financeiro, perfeitamente expressa, representada e implementada pela administração republicana dos EUA e, paradoxalmente, trabalhista, da Inglaterra.

A invasão do Iraque, tal como a guerra do Afeganistão, deixaram, em sua trilha, dezenas de milhares de mortos e mutilados e um número incalculável de vítimas em potencial de minas terrestres espalhadas por um imenso território cuja infra-estrutura foi destruída em ambos os países.

Alguns países beligerantes simplesmente esqueceram da importância da preservação de bens culturais e da identidade dos povos. As principais metas a serem atingidas são: a promoção do “cessar-fogo” em toda e qualquer circunstância, a união dos beligerantes para a reconstrução dos monumentos atingidos pela guerra, no caso de patrimônio cultural da humanidade. É de grande importância a união de forças de toda a comunidade internacional. Além disso, fazer com que as autoridades públicas, o setor privado e a sociedade civil se conscientizem de que o patrimônio histórico e cultural é um instrumento de desenvolvimento, reconciliação e, principalmente, de paz.

É grave o desrespeito a esses objetos que são a representação da cultura de um país, bem como a apropriação indevida de seus recursos naturais e a

---

<sup>197</sup> Ibid., op. cit., p. 267.

<sup>198</sup> Id., op. cit., p. 285 et. seq.

degradação do seu meio ambiente podendo causar graves problemas à saúde de seus povos. Quando essas representações são destruídas, desrespeitam-se as diferenças culturais, denotando, sobretudo, a intolerância.

Obviamente como diálogo, essas frases são lindas e impactantes, mas, infelizmente, de nenhum efeito prático. Se não há condenação, não há a preocupação em restabelecer o mal criado. Portanto, há a necessidade de além da condenação penal, se estabelecer uma condenação civil a todos (agentes perpetradores e Estados) os envolvidos nesses danos caracterizados pela decisão citada.

À responsabilidade internacional objetiva do Estado em observar as normas de *jus cogens* corresponde, em contraposição, a noção de ilegalidade objetiva. É hoje inegável que a prática de tortura, genocídio, desaparecimento forçado de pessoas, execuções sumárias e extralegais, dentre outras, constituem crimes contra a humanidade e colidem frontalmente com as normas imperativas.

Na ausência de um direito à reparação civil desses danos gerada por indenizações pecuniárias dos Estados beligerantes, urge que a comunidade internacional caminhe e tome para si uma responsabilidade maior de repressão a essas práticas criminosas, não tolerando mais os abusos e a indiferença às questões humanitárias.

Admitida como direito internacional, a soberania implica, dentre outras conseqüências, o reconhecimento do dever de não-intervenção externa na área de jurisdição exclusiva dos Estados.<sup>199</sup> O dever de não-intervenção abrange a proibição de interferência nos assuntos internos do outro Estado, quando essa interferência chega a ameaçar sua independência.<sup>200</sup>

Há, ainda hoje, por parte dos Estados grande resistência à aplicação, dentro dos limites de seu território, dos tratados por ele assinados e plenamente vigentes no plano internacional, mas que ainda não tenham sido incorporados a seu ordenamento jurídico interno. A mesma reação pode ser observada quando o tratado já incorporado afronta a legislação pátria, situação em que os Estados sempre optam por aplicar esta em detrimento daquele. O ranço do voluntarismo

---

<sup>199</sup> A soberania, nos termos aceitos pelo direito internacional, implica as seguintes conseqüências para os Estados: a) a jurisdição exclusiva sobre o território e população permanente que nele viver; b) o dever de não-intervenção na área de jurisdição exclusiva de outros Estados; e c) o cumprimento das obrigações decorrentes do direito costumeiro e dos tratados firmados pelas partes.

<sup>200</sup> BRIERLY, J. L., *The Law of the nations*. Oxford: University Press, e. ed., 1963, p. 402.

estatal predominante desde os primeiros tempos do Direito Internacional e o entendimento dos Estados de que sua autopreservação implica a preservação de sua soberania plena limitam as conquistas até hoje alcançadas no âmbito dos Direitos Humanitários, após incontáveis perdas e sofrimentos humanos e grandes esforços da comunidade internacional para a prevenção e punição dos crimes que lhes infringem.

Constata-se, portanto, que enquanto os discursos teóricos dos Estados pregam a supremacia dos Direitos Humanos, e conseqüentemente, dos direitos humanitários, a prática revela-se bem diferente. Citando Bobbio:

Uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou que para que passe do dever ser ao ser precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembléia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção.<sup>201</sup>

Os crimes de guerra estão deixando seu papel original para ter um novo corpo de condutas nestes últimos tempos. Os direitos humanitários estão sendo violados de forma brutal e friamente sem levar em conta os prejuízos causados à pessoa humana em todos os seus sentidos.

Não basta a responsabilização penal dos agentes perpetradores da guerra, pois muitas vezes uma punição penal não atinge o objetivo que é o ressarcimento total da pessoa, coletividade ou bem prejudicado. Tal ressarcimento deverá estar pautado nas indenizações cíveis, objeto de reparações pelos danos sofridos injustamente e ilegitimamente, sendo necessária, portanto, a responsabilização civil dos Estados.

A responsabilidade civil tem a capacidade de fazer com que os Estados temam um ato de guerra porque podem ter sua economia e sua população prejudicadas.

Por mais que este estudo venha a demonstrar a necessidade de reparações e indenizações em caso de crimes de guerra, sabe-se que nenhum dinheiro que existe no mundo será suficiente para restabelecer uma pessoa ao estado em que ela estava antes, seja fisicamente, psiquicamente, fisicamente e/ou emocionalmente.

---

<sup>201</sup> BOBBIO, N., *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 83.

O Direito foi criado para ser aplicado em todas as situações, principalmente as injustas e atentadoras à dignidade humana. Urge assim, que se faça valer esse Direito para que pessoas inocentes não venham a padecer em consequência da surdez e paralisção humanas.

## 12 CONCLUSÃO

Após a análise de um tema tão complexo, podemos concluir esse estudo não só pelos fatos e informações contidas nesta, mas, sobretudo, com aquilo que vemos, ouvimos, lemos e vivenciamos dia após dia na sociedade como um todo.

O estabelecimento do TPI preencheu uma lacuna e atendeu a inequívoca necessidade da ordem política e jurídica internacional, confrontada pela multiplicação de conflitos internos onde as vítimas civis e inocentes predominam e onde os atentados contra os princípios mais básicos da humanidade deixam de ser um efeito colateral das hostilidades para ser um instrumento estratégico para a obtenção de fins políticos.

Mas, não obstante esta ou aquela dificuldade, o progresso da humanidade nessa busca constante da implementação e da concretização dos direitos humanos vai sendo feita assim mesmo, com exemplos às vezes discutíveis na forma, mas irrepreensíveis na sua vontade de justiça. Hoje, a pessoa é o verdadeiro sujeito do direito internacional dos direitos humanos; por conseguinte, a sua proteção deve ir além das fronteiras dos Estados.

Hoje, vemos que o Tribunal Penal Internacional não é um tribunal para vencidos. É a criação de uma Instância Democrática Internacional permanente destinada a julgar criminosos responsáveis por genocídios, crimes de guerra, crimes de lesa humanidade e de agressão. Até aqui houve uma certa seletividade sobre quem são os criminosos. Sua criação é uma oportunidade para eliminar de modo definitivo o argumento da competência nacional exclusiva em matéria de proteção da pessoa humana.

Evitar ou punir o terrorismo estatal, acabar com a tradição oportunista das leis auto-anistia, frear atos desumanos durante conflitos armados; proporcionar confiança às vítimas garantindo a investigação dos fatos e julgamento dos acusados e a reparação dos violados; acabar com a impunidade dos criminosos poderosos, sobretudo, quando são autoridades.

O TPI não possui paralelo histórico, é único. Significa a primeira jurisdição internacional permanente de caráter penal. Com certeza contribuirá muito para pôr fim à era de atrocidades que presenciamos e à banalização do mal. A introdução

do Estatuto do TPI dá-lhe a tarefa de combater atrocidades que desafiam a imaginação e comovem profundamente a consciência da humanidade.

Por mais que pelo TPI possamos julgar um criminoso de guerra de forma individualizada penalmente, previstas as figuras do autor ou do partícipe conforme o artigo 25, isso, por si só, já significa um avanço.

A responsabilidade penal será aplicada igualmente a todas as pessoas, sem distinção em razão de ele ou ela ser um Chefe de Estado ou de governo, um membro do governo ou do parlamento, um representante eleito ou um funcionário público. Também não será possível alegar esse caráter oficial como constitutivo de um motivo de redução da pena.

O fato de um crime ter sido cometido por uma pessoa sob ordens de superiores não será em regra capaz de eximi-la de responsabilidade penal. Um comandante militar poderá ser responsabilizado penalmente por crimes cometidos por suas forças sob seu comando e controle. A responsabilidade penal pode também ser reconhecida se o comandante militar sabia ou deveria ter sabido que essas forças estavam cometendo ou se preparavam para cometer tais crimes, mas nada fez para prever ou reprimir tal comissão.

Ademais, civis agindo efetivamente como comandantes militares podem ser penalmente responsabilizados quando eles sabiam ou deliberadamente ignoraram claros indicativos que os crimes estavam sendo cometidos ou preparados para tal.

Diante de todos esses aspectos, claro está o avanço do direito internacional em relação à punição dos crimes de guerra entre outros.

No entanto, faz-se necessário desenvolver e aplicar a teoria da responsabilização civil decorrente desses crimes.

Como já mencionado no item 11.3, o Tribunal Penal Internacional prevê sanções de natureza civil, no entanto, estas aplicam-se ao agente perpetrador e não ao Estado, eis que a responsabilidade é individual.

Nos últimos anos, os indivíduos transformaram-se em elemento central do direito internacional e foi reconhecida a competência dos tribunais internacionais para julgá-los.

O Direito Internacional Humanitário estabelece normas pormenorizadas que visam proteger as vítimas de conflitos armados e limitar os meios e os métodos de combate; estabelece igualmente mecanismos para garantir o respeito dessas normas. Em particular, o Direito Humanitário reconhece a responsabilidade

individual e considera responsáveis pelas violações do Direito Humanitário os próprios indivíduos que as cometeram, ou que tenham dado ordens a terceiros para os cometerem.

Portanto, atualmente, a responsabilidade individual pode ser atribuída somente por violações consideradas como delitos internacionais em instrumentos que tenham esse mínimo caráter, tais como os crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade ou o genocídio que, naturalmente, afetam os direitos humanos específicos.

O tratamento dado pelo Tribunal Penal Internacional em matéria de responsabilidade penal individual foi por si só, um grande avanço.

No entanto, faz-se necessário desenvolver e aplicar a teoria da responsabilização civil dos ESTADOS decorrente dos crimes de guerra.

Não mais “O” indivíduo responderá, mas todos aqueles que concordaram em praticar esses crimes e, para atingir toda essa coletividade, nada melhor que atacar sua economia. A responsabilidade penal também é de grande relevância, pois ela é muito importante porque serve de exemplo para as demais autoridades não cometerem mais essas atrocidades e saírem impunes, mas considero primordial sua aplicação concomitantemente com a responsabilidade civil.

É um assunto que vai muito além de uma simples teoria, pois não ataca apenas os Estados em sua economia, mas, principalmente, em sua estrutura política.

Como falamos em teoria, para a sua prática é necessária, primeiramente, a conscientização de toda população internacional e dos principais mecanismos multilaterais, suas discussões para a sua positivação e, ulteriormente, sua efetivação e, em contrapartida, sua execução.

É notório que é um assunto que levará décadas para uma pequena aplicação que seja, pois cada Estado deverá se manifestar e assinar sua concordância, além de efetivar esse regulamento em seu ordenamento interno. Como, para a responsabilização penal, nem todos os Estados assinaram, não seria diferente se, em matéria civil, isso também ocorresse. Um dos maiores e principais motivos: a estabilidade econômico-financeira do país, porém, é um assunto que, por mais que desperte nosso interesse, não faz parte da matéria abordada, sendo necessário um estudo aprimorado e minucioso a respeito.

Olhando por esse prisma, parece algo utópico, longe de ser cumprido, mas surge como maneira eficaz e rápida de se combater a banalização e a barbárie entre os povos. Ninguém vai deixar de alimentar os seus para comprar armas ou pagar por aquilo que nunca cometeu e, sim, ato cometido pelo seu representante legal.

A maioria da população internacional se prosta alienada a situações desse grau por falta de informação, oportunidade e até mesmo por puro comodismo. Ora, não há um sentimento de compaixão para com o próximo, pois esse próximo está muito longe.

Será atingindo a economia dos países beligerantes e de seus aliados que poderemos ver alguns resultados. Agora resta saber se quem tem coragem de pegar uma arma e matar um inocente (ou mandar fazer) terá a coragem de assumir seus atos, responsabilizando-se e indenizando o mal que fez.

Afinal de contas, ser um soldado ou até mesmo um herói é trazer a paz a qualquer indivíduo e não a um grupo seleto de pessoas para benefício próprio. Os costumes de guerra não mudaram, o que se alterou foi a sensibilidade do ser humano frente às maiores necessidades humanitárias: a de viver.

**Referências bibliográficas**

ACCIOLY, H. **Tratado de Direito Internacional Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 1956.

ALIBERT, C. ***Du droit de se faire justice dans la société internationale depuis 1945***. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983.

ALMEIDA, F. B. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996.

AQUINO, T. **The Summa Theologica**. London: Burns Oates & Washbourne, 1980. 5 v.

ARAÚJO, L. I. A. **Curso de Direito dos Conflitos Interespaciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARAÚJO, N. **Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e imunidade de jurisdição: comentários tópicos ao RE nº 222.368, do STF. In **A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

\_\_\_\_\_. A Internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARON, R. **Peace and war. A theory of international relations**. New York: Ed. Anchor Press/Doubleday, 1973.

ASSIS CALSIN, M., Distinção entre a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro e das organizações internacionais, em matéria trabalhista. In **A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

BAKER, P. R. (Org.). **The Atomic Bomb: The Great Decision**. Nova York: 1968

BAPTISTA, Z. M. C. **O novo direito internacional público e suas conseqüências**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BASTOS, C. E. C.; MADRUGA FILHO, A. P. **A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

BECHARA, F. R. Tribunal penal internacional e o princípio da complementariedade. **Revista bonijuris**. Curitiba , v. 16, n. 484, , p. 27-28,, mar. 2004.

BEST, G. **Humanity in Warfare**, Londres: Methuen and Co Ltd, 1983.

BEVILAQUA, C. O direito e a guerra: A disciplina jurídica da guerra. In **Archivo Judiciário**, v. 22, 1932.

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional Público**, 2. v., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1911.

BÍBLIA. Tradução João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: **Imprensa Bíblica Brasileira**, 1991.

BLISCHENKO, I. P. Responsabilidad en Casos de Violaciones del Derecho internacional humanitario. In: **Las Dimensiones del Derecho Humanitario**. Madrid: UNESCO, 1990.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Una Guerra giusta? Sul conflitto Del golfo**. Venezia: Marsilio Editori, 1991.

BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 1996.

BOUTHOU, G. **A Guerra**. Tradução Geraldo Gerson de Sousa. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1964.

BOUTROS-GHALI, B. **An Agenda for Peace**. New York: United Nations, 1992.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, promulgada pelo decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, promulgado pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992.

\_\_\_\_\_. **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Pebas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**, promulgada pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991.

\_\_\_\_\_. **Protocolo de Genebra sobre a Proibição de Uso Na Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos ou Similares e de Mísseis Bacteriológicos**, promulgado pelo Decreto 67.200, de 15 de setembro de 1970.

\_\_\_\_\_. **Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra**, promulgada pelo Decreto 42.121, de 21 de agosto de 1957.

\_\_\_\_\_. **Convenção de Genebra para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos nos Exércitos em Campanha**, promulgada pelo Decreto 22.435, de 07 de fevereiro de 1933.

\_\_\_\_\_. **Código Bustamante**. Promulga a Convenção de direito internacional privada, de Havana. Decreto 18.871, de 13 de agosto de 1929.

\_\_\_\_\_. **Convenção sobre as Leis e Usos da Guerra Terrestre**, promulgada pelo Decreto 10.719, de 04 de fevereiro de 1914.

\_\_\_\_\_. **Convenção para Adaptação à Guerra Marítima dos Princípios da Convenção de Genebra**, promulgada pelo Decreto 10.719, de 04 de fevereiro de 1914.

\_\_\_\_\_. **Convenção Concernente ao Bombardeamento por Forças Navais em Tempo de Guerra**, promulgada pelo Decreto 10.719, de 04 de fevereiro de 1914.

\_\_\_\_\_. **Convenção Relativa ao Rompimento de Hostilidades**, promulgada pelo Decreto 10.719, de 04 de fevereiro de 1914.

\_\_\_\_\_. **Declaração relativa à Proibição de Lançamento de Projéteis e Explosivos de Balões**, promulgada pelo Decreto 10.719, de 04 de fevereiro de 1914.

\_\_\_\_\_. Ministerio das Relações Exteriores. **Tratado de renúncia à guerra (Pacto de Paris ou Briand-Kellog)**. Disponível em <<http://www2.mre.org.br/dai/renguerra.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

BRETON, P. Les données nouvelles de la situation des combattants. In: CHARNAY, J. P., **De la dégradation du droit des gens dans le monde contemporain**. Paris: Éditions Anthropos, 1983.

BRIERLY, J. L. **The Law of the nations**. Oxford: University Press, 1963.

BROWNLIE, I., Humanitarian intervention. In: **Law and civil war in the modern world**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1974.

\_\_\_\_\_. **International law and the use of force by states**. Oxford: Clarendon Press, 1963.

BORGES DE MACEDO, E. V. **A guerra e a Cooperação Internacional**. Curitiba: Juruá, 2002.

BOYER, G. Y. A restauração dos Estados: uma nova missão para a comunidade internacional. In MERCADANTE, A.; MAGALHÃES, J.C. (Coord.). **Solução e prevenção de litígios internacionais**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUCHANAN, A. R. **The United States and World War II**. Nova York: 1964. 1 v.

BURCKHARDT, J. **O Renascimento Italiano**. Tradução Antônio Borges Coelho. São Paulo: Martins Fontes, 1973.

CABANILLAS, R. R. Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución en la Corte Suprema de Justicia de la Argentina. In **A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

CALETTI, C., Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986>>. Acesso em: 30 set. 2004.

CALOGEROPOULOS-STRATIS, S. **Le recours à la force dans la société internationale**. Paris: L. G. D. J., 1986.

\_\_\_\_\_. **Droit Humanitaire et Droits de l'homme. La protection de la personne em période de conflit arme**. Leiden: Sijthoff, 1980.

CARVALHO, J. M. **Os direitos humanos no tempo e no espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

CASTRÉN, E. Civil War. In: **Annales Academiae Scientiarum Fennice**, série B. t. 142. Helsinki: Suomalainen Tiedeakatemia, 1966.

CATHOLIC COMMISSION FOR JUSTICE AND PEACE IN RHODESIA. **Civil war in Rhodesia : abduction, torture and death in the counter-insurgency campaign**. London: Catholic Institute for International Relations, 1976.

CATHREIN, V. **Philosophia** moralis. Friburgi Brisg.: Herder, 1955.

CATTAN, H. **A Palestina e o direito internacional: aspectos jurídicos do conflito árabe-israelense**. Tradução Aurélio de Lacerda. Curitiba: Grafipar, [19--].

CLAUSEWITZ, C. V. **Da Guerra**. Tradução Maria Teresa Ramos. São Paulo: M. Fontes, 1996.

COMPARATO, F. K. O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos. In: **Direitos Humanos: visões contemporâneas**. São Paulo: AJD, 2001.

COOPER, D. Responsibility and the System **Individual and Collective Responsibility: the Massacre at My Lai**, org. Peter French, Cambridge, Mass, 1972.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Licenciamento de utilização de armas nucleares por um Estado frente a um conflito armado. **Recueil**, 1996.

\_\_\_\_\_. **Case concerning the factory at Chorzów**. Publications P.C.I.J., Série A, n. 17, julgamento de 13 set. de 1928.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia das Nações Unidas.

DUFFIELD, M. Complex Emergencies and the Crisis os Developmentalism, **IDS Bulletin** 25, 1994, p. 37.

DUGUIT, L. **Traité de Droit constitutionnel**. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1930, v. 3.

EAGLETON, C. **The Attempt to Define War, International Conciliation**, 1933, n. 291, Carnegie Endowment for International Peace, Worcester, Mass.

ESTY, D. C.; GOLDSTONE, J. A.; GURR, T. R.; HARFF, B.; LEVY, M.; DALBEKO, G. D.; SURKO, P.T. e UNGER, A. N., State Failure Task Force Report: Phase II Findings, **Environment Change & Security Project Report**, n.º 5, verão de 1999, p. 52.

FABBRO, D. Peaceful Societies. In: **The War System: Na Interdisciplinary Approach**. Colorado: Westview Press, 1980.

FAUCHILLE, P. **Traité de droit international public**. t. I, 1ª parte. Paris: ed. Rousseau, 1922.

FÉDÉRATION FRANÇAISE DES CLUBS UNESCO, LIGUE DES DROITS DE L'HOMME. **La conquête des droits de l'homme: testex fondamentaux**. Paris: Le cherche midi éditeur, 1988.

FERRIS, E. G. **Beyond Borders: Refugees, Migrants and Human Rights in the Post-Cold War Era**. Geneva: WCC, 1993.

FIERRO, G. **La Ley Penal y el Derecho Internacional**. Buenos Aires: Depalma, 1977.

FONTEYNE, L. The customary international law doctrine of humanitarian intervention: Its current validity under the United Nations Charter. In: **Cal West International Law Journal**, nr. 4, 1974.

FONTURA, J., Imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros e de seus agentes: Uma leitura ortodoxa. In MADRUGA, A. P.; GARCIA, M. (Coord.). **A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

FRAGA, M. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANCE. **Loi relative à la lutte contre le terrorisme**. Loi n. 86-1020 du 9 septembre 1986.

FUNCK-BRETANO, T.; SOREL, A. **Précis de Droit des Gens**. 3. ed. Paris: Plon e cie, 1900.

GALLAGHER, T. **Assault in Norway**. Nova York: Harcourt Brace Jovanovich, 1975.

GALLIE, W. B. **Os Filósofos da Paz e da Guerra**. Tradução Silvia Rangel. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

GARCIA, M. Imunidade do Estado: quem disse que o rei não erra?. In MADRUGA, A. P.; GARCIA, M. (Coord.). **A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

GAREAU, F.H. **State terrorism and the United States**. London: Zed Books, 2004.

GIACOMO, M. **Teorica Del Diritto Internazionale**. 2. v. Messina: D'Angelo, 1844.

GRÓCIO, H. **De iure belli ac pacis**. Tradução para inglês de Francis Kelsey. Oxford: Clarendon Press, 1925.

HARVEY, P. Rehabilitation in Complex Political Emergencies: Is Rebuilding Civil Society the Answer?, **IDS Working Paper** 60, 1997, p. 1.

HEGEL, W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HEINZE, E.; FITZMAURICE, M. **Landmark Cases in International Law**. Londres: Kluwer Law International Ltd, 1998.

HELMAN, G. B. e RATNER, S. R. Saving Failed States, **Foreign Policy**, n.º 89, outono 1992-1993, p. 12.

HERSH, S. **My Lai 4: A Report on the Massacre and its Aftermath.** Nova York: Random House, 1970.

HOBBSAWN, E. J. **A Era das Revoluções 1789-1848.** Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

HUCK, H. M. **Da guerra justa à guerra econômica: uma revisão sobre o uso da força em direito internacional.** São Paulo: Saraiva, 1996.

HUIZINGE, J. **Homo Ludens. O Jogo como Elemento da Cultura.** Tradução João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora da USP e Editora Perspectiva, 1971.

JARDIM, T. D. M. **Tribunal Penal Internacional.** Disponível em <[www.dhnet.org.br/direitos/sip1/ROMA/part.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip1/ROMA/part.htm)>. Acesso em: 13 set. 2005.

KAHN, L. **Julgamento em Nüremberg: epílogo da tragédia.** Tradução Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Renes, 1973.

KANT, I **A Paz Perpétua e outros opúsculos.** Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

\_\_\_\_\_. **Projet de Paix Perpétuelle.** Tradução J. Gibelin. Paris : Librairie Philosophique J. Vrin, 1947.

KASTO, J. *Ius Cogens and Humanitarian Law*, **Institution Internationale de Droit Humanitaire**, 1980.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

\_\_\_\_\_. **Principios de Derecho Internacional Público.** Tradução Hugo Caminos e Ernesto C. Hermida. Buenos Aires: Libreria El Ateneo, 1965.

KEYNES, J. M. **As conseqüências econômicas da paz.** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, Ed. UnB, IPRI, 2002.

KLUGMAN, J. **Social and Economic Policies to Prevent Complex Humanitarian Emergencies – Lessons from Experience.** *Unu wider POLICY Brief 2*, 1999.

KÜHNE, W. *The United Nations, Fragmenting States, and the Need for ENLARGED Peacekeeping.* In TOMUSCHAT, C. **The United Nations at Age Fifty – A Leagl Perspective.** The Hague: Kluwer Law, 1995.

LAQUEUR, W. **Terrorism.** Boston: Little, Brown and Company, 1977.

LAUTERPACHT, H. **International law: collected papers**. London: Cambridge University Press, vol. I, 1970.

\_\_\_\_\_. The Limits of the Operation of the Law of War. In: **30 British Yearbook of International Law**, 1953.

LEME, L. M., **Direito Civil Comparado**. São Paulo: RT, 1962.

LEVIE, H. S. **Terrorism in War. The Law of War Crimes**. Nova York: Oceana Publications Inc., 1993.

LEVINSON, S. Responsibility for Crimes of War. vol. 2, **Philosophy and Public Affairs**, 1973.

LEWANDOWSKI, E. **Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, A. A. **Introdução ao direito moderno**. 1. ed. Rio de Janeiro: Centro D. Vital, 1933.

LIMA E SILVA, V. G.; FARIAS, I. L. P. C. O julgamento de Augusto Pinochet no atual contexto internacional de proteção aos Direitos Humanos. In MERCADANTE, A ; MAGALHÃES, J. C. (Coord). **Solução e prevenção de litígios internacionais**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIPSKY, S. The legitimacy of economic coercion: The Carter foreign aid policy and Nicarágua. In: **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal**, v. 5, 1983.

LISBOA. Tribunal Mundial sobre o Iraque. **Jurados do TMI condenam governos de Bush, Blair & Drão Barroso**. Disponível em: <[http://www.resistir.info/tribunal\\_iraque/decisao\\_jurados.html](http://www.resistir.info/tribunal_iraque/decisao_jurados.html)>. Acesso em: 2 jun. 2005.

LONDRES declara Pinochet incapacitado. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro, 12 janeiro 2000, Internacional, p. 10.

LOUIS, M. **L'agressivité**. Paris: Ed. Universitaires, 1970.

MADRUGA FILHO, A. P., Desenvolvimento da imunidade de jurisdição dos Estados soberanos: Teoria da fundamentação autônoma. In **A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

MAGALHÃES, J. C. Limites da competência extraterritorial do CADE. In MERCADANTE, A ; MAGALHÃES, J. C. (Coord). **Solução e prevenção de litígios internacionais**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **O STF e o Direito Internacional: uma análise crítica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MATTOS, A. M. **Direito Internacional Público.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MELLO, C. D. D. A. **Direitos Humanos e Conflitos Armados.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Internacional Público.** 8. ed., vol. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MERLE, M. **Le Procès de Nuremberg et le Chatiment des Criminels de Guerre.** Paris: A. Pedone, 1981.

MERON, T. Shakespeare's Henry the Fifth and the law of war. In **The American Journal of International Law**, vol. 86, I, Jan. 1992.

MEYROWITZ, H. **Le Principe de l'Égalité des Belligérants devant le Droit de la Guerre.** Paris: A. Pedone, 1970.

MILL, J. S. **A Liberdade. Utilitarismo.** Tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MINIUCI, G. O Protocolo sobre responsabilidade e reparação por danos resultantes de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. In MERCADANTE, A ; MAGALHÃES, J. C. (Coord). **Solução e prevenção de litígios internacionais.** Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOORE, J. N. The Lawfulness of Military Assistance to the Republic of Viet-Nam. In FALK, R. A. **The Vietnam War and International Law**, vol. I, 1968.

NANA-SINKAM, S. C. From Relief and Humanitarian Assistance to Socio-Economic Sustainability: Rehabilitation, Reconstruction and Development with Transformation as the Ultimate Solution, **International Journal of Refugee Law**, Special Issue OAU/Addis Ababa symposium on Refugees and Forced Population Displacement in Africa, 8-10 September 1994, jul. 1995, p. 186.

NASSER, R. A. A Jurisdição da Corte Internacional de Justiça. In MERCADANTE, A ; MAGALHÃES, J. C. (Coord). **Solução e prevenção de litígios internacionais.** Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NIETZSCHE, F. W., **Ainsi parlait Zarathoustra.** Tradução Maurice Betz. Paris: Le Livre de Poche, 1968.

NOLDIN, H. **Summa Theologica Moralis**, Paru: Oeniponte, 1923.

O voo do condor. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro, 21 maio 2000, p. 22.

OPHULS, M. **The Sorrow and the Pity**. Nova York: Berkley Windhover Books, 1972.

OPPENHEIM, L.; LAUTERPACHT, H. **International Law. A Treatise**. 8. ed. London: Ed. By L. Oppenheim; Longmans, Green and Co., 1955.

\_\_\_\_\_. **International Law**. vol 1. 8. ed. Londres: Longmans Green and Co., 1952.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferencia Diplomática de Plenipotenciários de lãs Naciones Unidas. **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**. Roma, 1998.

\_\_\_\_\_. **International Criminal Tribunal for Rwanda**. Resolução 955 do Conselho de Segurança. Nova York, 1994.

\_\_\_\_\_. **International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia**. Resolução 827 do Conselho de Segurança. Nova York, 1993.

\_\_\_\_\_. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial**. 1966.

ORWELL, S.; ANGUS, I. (Org.). **The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell**. Nova York: 1968. 3 v.

OUCHAKOV, N. **La compétence interne des états et la non-intervention dans le droit international contemporain**. Recueil des Cours – Hague Academy of International Law, vol. 141, 1974.

O'BRIEN, J. C. The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law. In **the Former Yugoslavia, American Journal of International Law**, v. 87, 1993.

PACTO DA SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Disponible em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/his919.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

PAREDES, A. M. **Manual de Derecho Internacional Publico – Sus Principios Fundamentales en Tiempo de Paz**. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1951.

PELEGRINI, C. L. W. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista bonijuris**, Curitiba , v. 16, n. 485 , p. 5-16,, abr. 2004.

PEREIRA, L. R. **Princípios de Direito Internacional**, tomo II, Rio de Janeiro: Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1903.

PESSOA, M. **Leis da Guerra e Armas Nucleares**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, co-edição com Editora Revista dos Tribunais, 1969.

PHILLIPSON, C. **The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome**. Londres: Macmillan and Co Limited, 1911.

PICTET, J. S. Le Droit International Humanitaire: Definition. In: **Les Dimensions Internationales du Droit Humanitaire**. Paris: A. Pedone, Institut Henry Dunant e UNESCO, 1986.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PRADELLE, P. Le droit humanitaire des conflits armés. In: **Revue Générale de Droit International Public**. Paris: A. Pedone, 1978.

PROUDHON, P. J. **La guerre et la paix**. 3. ed. Paris: Libraire Dentu Éditeur, 1861.

RAMOS, A. C. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RANGEL, V. M. Direito Internacional e leis da guerra. In: **Segurança e Desenvolvimento**, ano 28, nr. 174, 1979.

RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. Tradução L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REISS, H. (Org.). **Kant: Political Writings**. Cambridge University Press, 1970.

REZEK, F. A imunidade das organizações internacionais no Século XXI. In MADRUGA, A. P.; GARCIA, M. (Coord.). **A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

REZEK, J. F. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

RICHARDS, F., **Old Soldiers Never Die**. Nova York, [s.n.], 1966.

ROBERTS, A. The Crisis in Peacekeeping, **Survival**, ano 36, n.º 3, outono de 1994, p. 93.

ROUSSEAU, C. **Le droit des conflits armés**. Paris: Ed. A. Pedone, 1983.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social**. Paris: Mignot, s/d.

RUFIN, Jean-Christophe. **L'aventure humanitaire**. França: Decouvertes-Gallimard, 1994.

RUIZ-FUNES, M. **Criminologia de Guerra**. Tradução Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1950.

RUIZ, H. A. Emergencies: International Response to Refugee Flows and Complex Emergencies, **Internatinal Journal of Refugee Law** – Special Issue, 1995.

SABATOVSKI, E. **Constituição Federal de 1988 & Convenções Internacionais**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

SANTOS, E. F. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988 – 1994.

SCHIMITT, M. N. The confluence of law morality. Thoughts on just war. In: **Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre**. Bruxelles, nr. 31, 1992.

SILVA SOARES, G. Origens e justificativas da imunidade de jurisdição. In MADRUGA, A. P.; GARCIA, M. (Coord.). **A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro**. Brasília: CEDI, 2002.

SHAW, T. M. Beyond Post-Conflict Peacebuilding: What Links to Sustainable Development and Human Security? **International Peacekeeping**, 3, 1996, p. 36.

\_\_\_\_\_. **International Law**. Cambridge: Grotius Publications, Cambridge University Press, 1995.

SMITH, B. F. **O Tribunal de Nuremberg**. Tradução Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: F. Alves, 1979.

SORTO, F. O. A mediação das Nações Unidas nos acordos de Chapultepec – Novo paradigma de solução das guerras internas. In MERCADANTE, A.; MAGALHÃES, J. C. (Coord). **Solução e prevenção de litígios internacionais**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STERMAN. S. **Responsabilidade do Estado: movimento multitudinário: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SWINARSKI, C. **A Norma e a Guerra: palestras sobre direito internacional humanitário**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Internacional Humanitário.** Brasília: Ed. Escopo, 1988.

TAUBENFELD, H. J. The Application of the Laws of War in Civil War. In: *MOORE, J. M. (Org.). Law and Civil War in the Modern World.* Baltimore: The Johns Hopkins University press, 1974.

THOMAS, A. V. W. e THOMAS JR., A. J. **The concept of agresión in international law.** Dallas: South Methodist University Press, 1972.

TOFFLER, Alvin e Heidi. **Guerra e anti-guerra: sobrevivência na aurora do Terceiro Milênio.** Tradução Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Record, 1994.

TRINDADE, A. A. C. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: SAFE, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro** (Seminários de Brasília e Fortaleza de 1993). 2. ed. Brasília/San José: IIDH/ CICV/ ACNUR/ CUE/ ASDI, 1996.

\_\_\_\_\_. **A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras.** San José/ Brasília: IIDH/ Fundação F. Naumann, 1991

TUCKER, R. W.; **The Law of War and Neutrality at Sea.** Washington: U. S. Govt. Print. Off., 1957.

TUNKIN, G. Y., **Curso de Derecho Internacional.** Moscú, Ed. Progreso, 1979, 2 libros.

UNITED STATES. **Foreign Sovereign Immunities Act of 1976.** Pub. L. 94-583.

UNITED NATIONS. **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.** Disponível em <<http://www.un.org/spanish/law/icc>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

\_\_\_\_\_. General Assembly. **Environmental Perspective to the Year 2000 and Beyond.** Resolution 42/186 of 11 December 1987.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Principles of International Cooperation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity.** Resolution 3074 (XXVIII) of 3 December 1973.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Declaration on the inadmissibility of intervention in the domestic affairs of states and the protection of their independence and sovereignty.** Resolution 2131 of 21 December 1965.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Uniting for Peace.** Resolution 377 (V) of 3 November 1950.

\_\_\_\_\_. Human Rights. **The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms: final report of the Special Rapporteur, M. Cherif Bassiouni, submitted in accordance with commission resolution 1999/33.** Geneva: UN, 18 Jan. 2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political): revised final report / prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119.** Geneva: UN, 2 Oct. 1997.

\_\_\_\_\_. Security Council. **Bosnia and Herzegovina.** Resolution 859 of 24 August 1993.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Tribunal (Former Yugoslavia).** Resolution 827 of 25 May 1993.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Bosnia and Herzegovina.** Resolution 819 of 16 April 1993.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Tribunal (Former Yugoslavia).** Resolution 808 of 22 February 1993.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **The situation between Iraq and Kuwait.** Resolution 678 of 30 November 1990.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **The situation between Iraq and Kuwait.** Resolution 660 of 2 August 1990.

\_\_\_\_\_. UN Security Council Presidential Statements. **Maintenance of peace and security and post-conflict peace-building.** Document symbol: S/PRST/1999/21 of 8 July 1999.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Maintenance of peace and security and post-conflict peace-building.** Document symbol: S/PRST/1998/38 of 29 December 1998.

VANDERPOL, A. **La Doctrine Scolastique du Droit de Guerre.** Paris: A. Pedone, 1925.

VARGAS, D. M. Tribunal penal internacional. **Revista jurídica da Universidade de Cuiabá,** Cuiabá, v.2, n.1, p.47-60, jul./dez.2000.

VEUTHEY, M. **Guérilla et Droit Humanitaire**. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1983.

VITTEL. Le Droit des Gens . Paris: 1773 *apud* DALLARI, G., Guerra (Danni di), In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1970, v. 29.

WALZER, M. **Just and unjust wars. A moral argument with historical illustrations**. New York: Ed. Basic Books, 1977.

WARD, C. **A little matter of genocide**. San Francisco: City Light Books, 1998.

WEBER, M. **Sociologie du Droit**. t. 1. Paris: PUF, 1986.

WENDPAP, F. Homo Homini Iudex. In MENEZES, W. (Org.). **Direito Internacional no Cenário Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2003.

WHITE, N. U.N. Peacekeeping – Development or Destruction, **International Relations**, ano XII, n.º 1, abril de 1994, p. 129.

WHITTAKER, D.J. **The terrorism reader**. London e New York: Routledge, 2001.

WOETZEL, R. K. **The Nuremberg Trials in International Law**. Londres: Stevens and Sons Limited, 1960.

WOLFRUM, R. Chapter I. Purposes and Principles. In SIMMA, B. **The Charter of the United Nations – A Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 1994.

ZAFFARONI, E.R. e CAVALLERO, J. R. **Derecho Penal Militar**. Buenos Aires: Ariel: 1980.

ZIECK, M. **UNHCR and Voluntary Repatriation of Refugees**. The Hague, Martinus Nijhoff, 1997.