

AS CONTRARIEDADES DA INTERAÇÃO, DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E DIREITO INTERNACIONAL

Ricardo Azevedo Olivieri¹
Wagner Soares Brunorio²
Erika Nakano³
Paulo Henrique Fontoura Faria⁴

RESUMO: O estudo clássico das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário, focaliza-se em uma dupla distinção dos citados ramos, qual seja: em suas diferentes ocasiões de aplicação e, como consequência, na diversidade de suas normas. Contudo, percebe-se que as normas de Direitos Humanos muitas vezes não apenas estão em concordância com as do Direito Humanitário, como, ainda, as complementam, sendo que a recíproca é também verdadeira. Dessa forma, nota-se os citados ramos do Direito Internacional, possuem uma finalidade comum, qual seja: garantir o nível mínimo de humanidade aos indivíduos, quer no cotidiano da vida em sociedade, quer em caso de conflito armado. O presente estudo se apoiará na tese da convergência entre o DIDH e o DIH por meio de uma análise da evolução teórica e jurisprudencial na matéria, finalizando com uma avaliação das vantagens e desvantagens da aplicação conjunta desses ramos do Direito. Para tal empreitada, optou-se pela utilização do desenvolvimento jurisprudencial do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos na matéria como marco teórico, por dois motivos, quais sejam: o enfoque dedicado à convergência dos ramos protetores da pessoa humana por parte dos órgãos interamericanos e a tendência evolucionista de suas decisões.

172

Palavras-chave: Direito internacional dos direitos humanos. Direito internacional humanitário. Jurisprudência comentada. Estado de emergência. Garantias individuais. América Latina.

¹Cursando Bacharelado em Direito pela Faculdade de direito de Santo André- FADISA.

²Cursando Bacharelado em Direito pela Faculdade de direito de Santo André- FADISA.

³Cursando Bacharelado em Direito pela Faculdade de direito de Santo André- FADISA.

⁴ Orientador: Professor. Faculdade de direito de Santo André- FADISA.

ABSTRACT: The classic study of the norms of International Human Rights Law¹ and International Humanitarian Law, focuses on a double distinction between the aforementioned branches, namely: on their different occasions of application and, as a consequence, on the diversity of their norms. Human Rights are often not only in agreement with those of Humanitarian Law, but also complement them, and the reciprocal is also true. Thus, it is noted that the aforementioned branches of International Law, have a common purpose, namely: to guarantee a minimum level of humanity⁴ to individuals, whether in everyday life in society or in the event of armed conflict. The present study will be based on the thesis of the convergence between IHRL and IHL through an analysis of the theoretical and jurisprudential evolution in the matter, ending with an evaluation of the advantages and disadvantages of the joint application of these branches of Law. For such an undertaking, it was decided to use the jurisprudential development of the Inter-American System for the Protection of Human Rights, in the matter as a theoretical framework, for two reasons, namely: the focus dedicated to the convergence of the protective branches of the human person by the inter-American bodies and the evolutionary tendency of their decisions.

Keywords: International human rights law. International humanitarian law. Commented jurisprudence. state of emergency. individual guarantees. Latin America.

1. INTRODUÇÃO

Para averiguar a convergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário é imprescindível, em um primeiro momento, distinguir esses dois ramos do Direito Internacional, apresentando suas especificidades e os princípios que integram seu corpus iuris.

A vista disso, as preliminares, desta breve sapiência discutirão os elementos essenciais do DIDH e do DIH. Logo depois, perscrutar de condicionamento abrangente as convergências entre os abordados âmbitos, enfatizando o ponto insignificante de magnanimidade dos mesmos e o desenvolvimento da cláusula Martens,⁵ que permite a aplicação subsidiária dos Direitos Humanos no Direito Humanitário (Parte 1).

Em um segundo momento, investigar os desdobramentos jurisprudenciais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, comparando as conclusões da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos na matéria e a análise da possibilidade de aplicação subsidiária do Direito Humanitário pelos Direitos Humanos por autorização do artigo 29 da Convenção Americana (Parte 2).

⁵ “Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience.” Convention with respect to the laws of war on land. Hague II, 29 July 1899

Por fim, argumentar os benefícios e os inconvenientes do cumprimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário (Parte 3).

2. A HARMONIA POR INTERMÉDIO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO EM UMA PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL GERAL

2.1 Direito internacional dos direitos humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem o escopo de proteger os indivíduos em discordância dos descumprimentos cometidas pelo Estado ou por particulares com a conivência ou inatividade desse,⁶ sendo formada uma relação jurídica entre o indivíduo e o Estado; ou entre o indivíduo e outro particular, nos casos de omissão do Estado.

O paradigma de sustentáculo dos Direitos Humanos é baseado em atividades de garantia da lei (law enforcement), capazes de serem utilizadas tanto em tempo de paz como de guerra.

Dessa forma, independentemente da qualificação da situação do Estado como comum ou de conflito armado, a aplicação desse modelo pressupõe uma base segura por parte do governo em relação ao seu território, dentro do qual ele deve exercer controle efetivo e assegurar a ordem e o cumprimento das normas estabelecidas.

Por conseqüentemente, apesar de as normas de Direitos Humanos serem aplicáveis em todas as circunstâncias, elas podem, contudo, sofrer derrogações de alguns de seus preceitos, de acordo com as cláusulas de suspensão de garantias dos tratados internacionais.

Em acontecimentos notáveis um número reduzido de DH expõe se eliminados, tornando-se esse campo de procedimento que se encontra explicitamente a vinculação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário. Inúmeros pactos internacionais abrangem tal possibilidade de suspensão de direitos, como o artigo 4º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no sistema ONU, e o artigo 15º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos.

⁶ ONU. Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts. International Law Commission. Artigo 2. Há um ato internacionalmente ilícito de um Estado quando sua conduta consiste em uma ação ou omissão que: (a) É atribuível ao Estado de acordo com o Direito Internacional; e (b) Constitui uma quebra de uma obrigação internacional do Estado. (Tradução Livre).

Sobre a estrutura Interamericano, referência teórico da presente pesquisa, é o artigo 27⁷ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁸ que estabelece as regras em direção a descontinuação de garantias para os Estados-membros.

Levando-se em consideração que o artigo 27.1 da CADH contempla a suspensão de certos direitos em caso de guerra, perigo público e outras emergências que ameacem a independência ou segurança do Estado, e dado que as limitações em qualquer dessas hipóteses devem estar ajustadas à exigência da situação específica, conclui-se que alguns tipos de suspensão de garantias que poderiam ser permitidas em um caso, por outro lado, poderiam não o ser em um caso diverso.

A juridicidade das medidas adotadas para enfrentar situações excepcionais em um Estado depende, portanto, do caráter, da intensidade, da profundidade e do contexto particular da emergência, assim como da proporcionalidade e da razoabilidade que possuam as medidas adotadas a respeito dessas.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁹ no momento presente, sobressaiu que o Estado está obrigado a determinar as razões e os motivos que levaram as autoridades internas a declarar o estado de emergência, que é deve exercer o adequado e efetivo controle dessa situação, além de garantir que a suspensão declarada se encontre na medida e no tempo estritamente limitados à exigência do caso.

Portanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁰ estabelece como requisitos para a declaração do estado de emergência três critérios, que são: que exista uma situação excepcional de crise ou emergência; que essa situação afete toda a população; e que constitua uma ameaça à vida organizada da sociedade.

Os Estados, portanto, não possuem uma discricionariedade ilimitada no momento da declaração da suspensão de garantias. Em sequência, corresponde aos órgãos de supervisão dos tratados internacionais, de acordo com as suas respectivas competências, exercer o

⁷ OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Adotada em 22 de novembro de 1969. (doravante Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Artigo 27^o - Suspensão de garantias. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3^o (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4^o (Direito à vida), 5^o (Direito à integridade pessoal), 6^o (Proibição da escravidão e servidão), 9^o (Princípio da legalidade e da retroatividade), 12^o (Liberdade de consciência e de religião), 17^o (Proteção da família), 18^o (Direito ao nome), 19^o (Direitos da criança), 20^o (Direito à nacionalidade), e 23^o (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. [...].

⁸ Doravante referida como Convenção Americana ou CADH.

⁹ Doravante referida como Corte, Corte Interamericana ou Corte IDH.

¹⁰ Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante Corte EDH). *Lawless Vs. Ireland*. Judgment of 1 of July 1961, Series A no. 3, p. 14, pá. 28.

controle da declaração do estado de emergência de forma subsidiária e complementar, analisando a conformidade ou não dos atos estatais com o estabelecido no dispositivo que autoriza a suspensão de garantias, assim como com os outros artigos do texto convencional.¹¹

Dessa forma, a suspensão de garantias não deve exceder a medida do estritamente necessário, sendo ilegal toda a atuação dos poderes públicos que ultrapasse os limites que devem estar assinalados na disposição que decreta o estado de exceção.¹²

2.2. Direito Internacional Humanitário

O Direito Internacional Humanitário tem a finalidade de reger as normas referentes à condução das hostilidades e as normas de proteção e distinção entre combatentes e civis em casos de conflito armado.

O nexó jurídico que esse ramo do Direito abrange é entre as partes que estão em conflito armado, sejam elas Estados, grupos insurgentes ou outros grupos armados organizados. Suas normas não podem ser derogadas, por serem o nível mínimo de humanidade que deve ser respeitado em casos de conflito¹³

A definição da existência de um conflito armado é objetiva, com base na natureza e na gravidade das hostilidades em curso, independentemente da motivação ou propósito do conflito ou da qualificação das partes a ele pertencentes.¹⁴

O modelo de proteção ao indivíduo do DIH se aplica exclusivamente na condução das hostilidades em divergências armados, fundamentando-se na premissa de que, em dito estágio, é muito tarde para prevenir o uso de violência armada entre as várias partes do conflito.

Seu objetivo é restringir o uso de violência pelos beligerantes, por meio do balanceamento das necessidades militares e dos imperativos humanitários.

O Direito Humanitário é empregado em casos de conflitos armados, que devem ser reputados como uma situação que gera o recurso a força armada por a) Estados entre si; b)

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (doravante Corte IDH). Caso Zambrano Vélez y otros Vs. “Ecuador. Sentencia de 4 de Julio de 2007. pár 47”.

¹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-09/87. “Garantías judiciales en estados de emergencia. pár. 35 y 36”.

¹³ International Committee of Red Cross (doravante ICRC). International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence. Summary report Prepared by the International Committee of the Red Cross Supplement to the report prepared by the International Committee of the Red Cross entitled “International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts” Pág. 8

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (doravante Comisión IDH). Caso Juan Carlos Abella Vs. Argentina. 18 de Noviembre de 1997. Informe 55/97. Párr. 153.

Estados e grupos armados organizados; ou c) grupos armados organizados entre si dentro de um Estado.¹⁵

Os duelos armados podem, por sua vez, ter caráter internacional ou não internacional; sendo que a respeito de cada âmbito de aplicação incidem normas específicas. Os conflitos armados podem, por sua vez, ter caráter internacional ou não internacional; sendo que a respeito de cada âmbito de aplicação incidem normas específicas.¹⁶

No que diz respeito, aos conflitos armados internacionais, são aplicadas as disposições das Convenções de Genebra de 1949.¹⁷

Os conflitos armados não internacionais, por sua vez, apesar de não estarem expressamente definidos no artigo 3º¹⁸ comum às Convenções de Genebra, são interpretados pela doutrina como abrangidos pelo mesmo e pelas normas costumeiras pertinentes; sendo que devem ser entendidos da forma mais extensiva possível de modo a abarcar inclusive aqueles conflitos abertos e de pouca intensidade entre as forças armadas ou grupos relativamente organizados, que ocorrem dentro do território de um Estado em particular.¹⁹

Aparecimento de um conflito prolongado, com uso de táticas e armamentos militares e de impetuosidade preocupante são fatores que caracterizariam, por exemplo, uma situação de conflito armado não-internacional, sendo que eles devem ser diferenciados das situações de distúrbios e tensões internas, que se caracterizam por ser atos isolados e esporádicos, que não são abarcados pelo DIH, mas sim pelos Direitos Humanos.²⁰

Inúmeros paradigmas de amparo estão abrangidos no modelo do Direito Internacional Humanitário, sendo eles variáveis de acordo com o status do indivíduo envolvido nas hostilidades.

Desse modo, não apenas os integrantes das autoridades armada opositora são capazes de ser objeto de ataque, mas também os civis que tomam parte diretamente nas hostilidades, pelo período que durar a sua participação.

¹⁵ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Prosecutor v. Duski Tadic. IT-94-1, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 2 de outubro de 1995. Párr. 70.

¹⁶ Vários especialistas têm ressaltado que a distinção de direitos e obrigações entre conflitos internacionais e não internacionais tem sido erodida, sendo que, entretanto, não existe um regime legal único aplicável aos dois tipos de conflito. Extraído de: ICRC. International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence. Summary report Prepared by the International Committee of the Red Cross Supplement to the report prepared by the International Committee of the Red Cross entitled "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts". November 2003.

¹⁷ Noam Lubell. "Challenges in applying human rights law to armed conflict" International Review of Red Cross. Volume 87 Number 860 2005. Pág. 746

¹⁸ Artigo 3, comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949.

¹⁹ ICRC. Commentary on the Geneva Convention relative to the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field. Disponível em: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebLis t?ReadForm&tid=365&t=com>>. Acesso em 20/02/2023.

²⁰ ICRC. "Protection and Assistance Activities in Situations Not Covered by International Humanitarian Law". International Review of Red Cross. Vol. 9. Number 13 (1988). Pág 262.

A diferenciação entre soldados e não-soldados tem implicações fundamentais. Primeiramente, cabe ressaltar que, de acordo com a regra de imunidade do artigo 13º do Protocolo II das Convenções de Genebra,²¹ as partes têm a obrigação geral de proteger a população civil contra os perigos procedentes das operações militares, sendo que conseqüentemente essa população não pode ser objeto de ataques militares e não pode ser alvo de atos de ameaça de violência que tenha como objetivo aterrorizá-la. Independentemente da situação jurídica de normalidade ou anormalidade política, a população civil vítima de um conflito armado deve ser protegida pelo Estado.²²

2.3. A comunicação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário

O Direito Internacional Humanitário tem conjuntura de lei especial, uma vez que abrange especificamente os casos de conflito armado. Apesar de elaborado para tutelar essa específica qualificação jurídica, tem-se que em muitos casos as regras do DIH tratam do mesmo bem jurídico que as regras de Direitos Humanos.

Não obstante, as normas desenvolvidas no período de paz não podem ser aplicadas indiscriminadamente aos conflitos armados, mas inseridas na estrutura do Direito Internacional Humanitário de maneira sensível.²³

Seja dito de passagem, a Corte Internacional de Justiça estabeleceu no caso da *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*²⁴ que para a análise da natureza do direito inderrogável à vida deveriam ser levadas em consideração as regras do DIH como *lex specialis* a fim de se determinar o que seria considerado como privação arbitrária à vida no contexto de um conflito armado. Independentemente, esse raciocínio funcione

178

²¹ Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais. Adotado a 8 de Junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados.

²² Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Párr. 114.

²³ Hans-Joachim Heintze. “On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law.” *International Review of Red Cross*. Volume 86 Number 856 2004. Pág 6.

²⁴ Corte Internacional de Justiça. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), 1996, (July 8), paragraph 25. “Em princípio, o direito de não ser privado arbitrariamente da vida é aplicável também nas hostilidades. O teste do que caracteriza a privação arbitrária da vida, contudo, deve ser determinado de acordo com a *lex specialis* aplicável, nomeadamente a lei aplicada em um conflito armado que é designada para regular a condução das hostilidades. Portanto, o fato de um modo particular de perda da vida, através do uso de uma certa arma na condução da guerra, poder ser considerado uma forma de privação à vida contrária ao artigo 6 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, poderá apenas ser decidido por referência à lei aplicável no conflito armado e não deduzido dos termos da Convenção por si mesma.” (Tradução própria).

completamente para se interpretar o direito à vida, o mesmo não ocorre para outros bens jurídicos protegidos, como, por exemplo, o direito ao acesso à justiça.

Além de um número reduzido de áreas equivalentes do DIDH e DIH, as normas de direitos humanos são mais precisas do que as de direito internacional humanitário.

A título de exemplo, no caso das garantias judiciais, que possuem grande desenvolvimento normativo e jurisprudencial em matéria de DIDH e incipiente em DIH, tem-se que a norma do artigo 3.º²⁵ comum das Convenções de Genebra é pouco precisa e demasiadamente abrangente, o que necessitaria a utilização complementar dos Direitos Humanos para desenvolver seu conteúdo.

Deste modo, em uma contingência, como essa é necessário que além dos elementos complementares à Convenção de Genebra contida/os nos protocolos adicionais I e II e no direito costumeiro, se integrem à fórmula apresentada na Convenção de Genebra as normas de Direitos Humanos, uma vez que elas apresentam uma evolução latente na caracterização das garantias judiciais e meios de acesso à justiça.²⁶

No que concerne, à convergência dos DH e DIH, é notável que no caso *Music et alli* o Tribunal Penal Internacional ad hoc para a Ex-Iugoslávia²⁷ tenha ponderado que tanto o Direito Internacional Humanitário como o Direito Internacional dos Direitos Humanos tomam como ponto de partida sua preocupação comum em salvaguardar a dignidade da pessoa humana, o que forma a base dos seus princípios mínimos de humanidade.

Desta forma, o princípio da humanidade pode ser entendido de dois modos diversos: de um lado, pode ser concebido como um princípio subjacente à proibição do tratamento desumano, estabelecido pelo artigo 3º comuns às Convenções de Genebra; e por outro lado pode ser invocado como referência à humanidade como um todo, em relação com as matérias de interesse comum, geral e direto desta.²⁸

²⁵ Convenções de Genebra de 1949. Artigo 3.º Em caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada a aplicar, pelo menos, as seguintes disposições: 1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deitado as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimento, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável, baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo. Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar relativamente às pessoas acima mencionadas: d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizadas por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

²⁶ ICRC. *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence*. "Summary report Prepared by the International Committee of the Red Cross Supplement to the report prepared by the International Committee of the Red Cross entitled 'International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts'. November 2003", p. 9.

²⁷ 3 International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Prosecutor v. Duski Tadic*. IT-94-1, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 20 de fevereiro de 2001. p. 149

²⁸ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105. Voto Razonado Juez Caçado Trindade. Párr. 20

A incorporação no preâmbulo da Convenção de Haia de 1899 de uma disposição, tributo a um delegado russo na Convenção, conhecida como cláusula Martens, é outra eloquente expressão da convergência entre esses ramos do Direito Internacional.

Reconhecendo-se que não seria possível solucionar todos os problemas que poderiam ser levantados na análise da Convenção de Haia, as partes contratantes estabeleceram que não era a sua intenção que os casos não previstos, na ausência de um mandamento escrito, fossem deixados ao julgamento arbitrário dos comandantes militares.

À vista disso, estabeleceu-se que nos casos de falta de normativa dirigente, os civis e os combatentes deveriam permanecer sob a proteção e a regra dos princípios do direito das nações, como um resultado dos usos estabelecidos pelos povos civilizados, das leis de humanidade, e os ditames da consciência pública.

Isso significa que, independentemente do que os Estados acordem, a condução da guerra será sempre governada pelos princípios existentes de direito internacional, entre os quais se destaca o Direito Internacional dos Direitos Humanos.²⁹

Sua magnitude, até ao presente é visível, por sua incorporação nas disposições relativas à denúncia das quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário³⁰ e do Protocolo Adicional I.³¹

180

2.4 A observância simultânea do direito internacional dos direitos humanos e direito internacional humanitário no domínio da estrutura interamericano de proteção aos direitos humanos

De que modo, apreciar a integração do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário no momento da aplicação e efetivação de seus postulados?

Torna-se, respeitado que o DIH não possua um tribunal permanente que analise as violações do mesmo pelas partes contratantes de seus tratados, sendo que a falta de

²⁹ Frits Kalshoven, Liesbeth Zegveld. Constraints of the Waging War, An Introduction to International Humanitarian Law.

³⁰ Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha. Artigo 63. Convenção de Genebra para melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos Das Forças Armadas no Mar. Artigo 62. Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra. Artigo 142. Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra. Artigo 158. Convenções Adotadas a 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a Elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra, que reuniu em Genebra de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949.

³¹ Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais. Adotado a 8 de Junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados. Artigo 1.2.

mecanismos de implementação do Direito Humanitário é um dos maiores problemas para a efetivação desse ramo do Direito Internacional.

Isto posto, a bibliografia jurídica salienta que a proteção dos Direitos Humanos não apenas compartilha uma filosofia comum com o Direito Internacional Humanitário, mas que também pode ser utilizada para compensar os déficits desse.³²

Com isso, há certo apoio do uso de mecanismos de implementação de Direitos Humanos a fim de assegurar o cumprimento do DIH e realizar um apelo aos Estados para a implementação das suas obrigações.³³

O prévio indício da convergência entre o DH e dos DHI e o DIH no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é encontrada no artigo 29^o³⁴ da Convenção Americana, o qual estabelece as normas de interpretação da mesma.

Assim, no que diz respeito à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana, os órgãos do Sistema Interamericano devem atuar de forma a garantir sua proteção de maneira extensiva, por meio da análise de outros tratados internacionais para uma melhor delimitação da matéria em voga.

Nesse sentido, em diversas oportunidades a Corte Interamericana ressaltou o fato de os “tratados de direitos humanos devem ser considerados instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais”³⁵ seguindo a linha jurisprudencial da Corte Européia de Direitos Humanos³⁶

Essa interpretação evolutiva dos tratados internacionais de direitos humanos é coincidente com as regras gerais de interpretação consagradas no artigo 29^o da CADH, assim como com as regras de interpretação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³⁷

³² Judith Gardam, “The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, No. 2, 2001, p

³³ Krzysztof Drewicki, “The possible shape of a reporting system for international humanitarian law: Topics to be addressed”, in: Michael Bothe (ed.), *Towards a Better Implementation of International Humanitarian Law*, Berlin Verlag, Berlin, 2001, p. 73. Apud: Heintze, Hans-Joachim. “On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law.” *International Review of Red Cross*. Volume 86 Number 856 2004, p. 10.

³⁴ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 29 - Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possa ser reconhecida em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

³⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Párr. 117. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125. Párr. 125.

³⁶ Corte EDH. Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72, Judgment of 25 April 1978. Series A no. A26, párr. 31.

³⁷ Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No.148. Parr. 155-6.

Nessa linha de raciocínio, a Corte Interamericana reconhece que é devido ao tribunal internacional, no momento de julgar um caso, não apenas levar em conta os acordos e instrumentos formalmente relacionados com o tratado que lhe estipula a competência, mas também o sistema dentro do qual esse tratado se insere.³⁸

Deve-se ressaltar, contudo, que é apenas permitido julgar as violações de instrumentos que confirmam à Corte competência para tanto.

Assim estabeleceu a Corte Interamericana no caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, no sentido de que apesar da Corte IDH não poder declarar que um Estado é internacionalmente responsável pela violação de tratados internacionais que não lhe atribuam competência, é possível para tal órgão observar que certos atos ou omissões que violam os direitos humanos de acordo com os tratados que lhe compete aplicar infringem também outros instrumentos internacionais de proteção à pessoa humana.³⁹

A limitação da atribuição de competência não impede, portanto, que a Corte Interamericana invoque elementos ou referências de Direito Internacional geral quando resulte procedente fazê-lo para interpretar ou integrar as normas convencionais que lhe admitem competência, tomando em conta as características dos fatos alegados e o texto e sentido das normas imediatamente aplicáveis.

Logo por conseguinte, não se faz uma aplicação direta de outros instrumentos para resolver sobre violações e direitos e deveres estabelecidos nesses, mas se recorre a eles como elementos de interpretação, apreciação ou juízo para uma melhor inteligência e imediata aplicação dos instrumentos que explicitamente lhe confere competência.⁴⁰

No tocante fundamentalmente à cumprimento do DIH pelo modelo Interamericano, divergências quanto à possibilidade de análise direta ou suplementar das convenções humanitárias surgiram nos primeiros casos analisados nos seus órgãos.

O posicionamento discordante entre a Comissão e Corte Interamericanas no momento do surgimento de casos que envolviam o DIH exposto a seguir não permanece mais.

³⁸ Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 16. Párr. 113.

³⁹ Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Parr. 208. Tradução Livre

⁴⁰ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Párrs. 192-195.

Contudo, as duas teorias de atribuição de competência da CADH merecem destaque, assim como seus desdobramentos.

3. POSTURA DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A postura da Comissão Interamericana é ávida com relação ao cumprimento do direito humanitário, uma vez que ela o aplica, em um primeiro momento,⁴¹ diretamente às violações de tal sistema de direitos.

A Comissão delibera que desconhece o objeto e o alcance de certas obrigações internacionais do Estado e renunciar à tarefa de as harmonizar com a competência dos órgãos do sistema interamericano em um contexto integral e teleológico implicaria em trair o bem jurídico ético promovido pelo artigo 29, qual seja, a melhor e progressiva aplicação da CADH⁴²

Entre os argumentos utilizados pela Comissão para a aplicação direta do direito internacional humanitário nos casos submetidos a sua apreciação, destacam-se: a) a incorporação das normas de tratados na legislação dos Estados, b) o princípio da aplicação da norma mais favorável de acordo com o artigo 29.b da CADH, e c) a relação entre a cláusula de suspensão de garantias e o DIH, que serão tratados a seguir.

183

3.1. Agrupamento das normas de tratados na legislação dos estados

A conjuntura de todos os Estados-partes da Convenção Americana desfrutarem legalizado uma ou mais das Convenções de Genebra é utilizado pela Comissão como argumento para estabelecer o dever de cumprimento das obrigações segundo o direito consuetudinário, de acordo com os princípios da boa-fé e do dever de ajustamento da legislação interna⁴³

Essa assemelha, ser uma hipótese coerente de aplicação do DIH, pois é possível analisar se a norma internalizada do Estado e a sua aplicação, em tempos de guerra ou paz, são compatíveis ou não com a Convenção Americana.

⁴¹ Nos casos *Avilán Vs. Colômbia*, *Abella Vs. Argentina*, *Coard Vs. USA* a Comissão Interamericana prega a aplicação direta do Direito Internacional Humanitário. Entretanto, após as decisões da Corte Interamericana nos casos *Las Palmeras Vs. Colômbia* e *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, a Comissão parece dar um passo atrás, e em suas decisões posteriores aplica o DIH de forma indireta, declarando violações apenas da CADH.

⁴² Corte IDH. Caso *Las Palmeras Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67. Párr. 31.

⁴³ Comissão IDH. Caso *Juan Carlos Abella Vs. Argentina*. 18 de noviembre de 1997. Informe 55/97

A norma que estabelece que um Estado que celebrou uma convenção internacional é obrigado a introduzir no seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas é considerada como costume internacional e é válida universalmente.

Na Convenção Americana esse princípio foi positivado em seu artigo 2,⁴⁴ que estabelece a obrigação geral do Estado de adequar o seu direito interno às disposições da Convenção, implicando ainda que as medidas de direito interno adotadas devem ser efetivas (*eff ect utile*) para atingir o objetivo da CADH.

Dessa forma, a adequação implica na adoção de medidas em duas vertentes, quais sejam: a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que gerem violação às garantias previstas na Convenção que desconheçam os direitos ali reconhecidos ou sejam um obstáculo seu exercício; e a formulação de normas e o desenvolvimento de práticas condizentes com efetiva observância dessas garantias.⁴⁵

O que se pode impugnar relativamente, dessa posição da Comissão é o fato de o juízo de valor ser realizado de acordo com a legislação do Estado que transpôs as normas das Convenções de direito humanitário para o nível interno, e não pelas convenções por si só, sendo que assim não se estaria analisando a aplicação do Direito Humanitário, mas a do Direito Interno do Estado, o que é autorizado pela Convenção Americana.

184

3.1.2. A observância da norma mais favorável de acordo com o artigo 29.b da CADH

A Comissão entende que de acordo com o artigo 29.b da CADH, que estabelece a proibição da limitação do “gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”⁴⁶

Ter existência real a uma lei ou Convenção que ofereça um grau de proteção maior ao indivíduo, seria dever para o órgão julgador dar efeito legal para as provisões do tratado que confirmam uma maior proteção aos direitos em questão.

⁴⁴ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes se comprometem a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades

⁴⁵ Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 4 de julio de 2007. par. 57

⁴⁶ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 29, Supra nota 35.

Nesse caso, se a maior proteção está em um tratado de direito humanitário, é ele que deve ser aplicado, e não a norma mais restritiva da Convenção Americana⁴⁷

Tal posicionamento se baseia na idéia de que o objetivo da coexistência de distintos instrumentos jurídicos que garantem os mesmos direitos é ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos, sendo que o que importa no caso é o grau de proteção, e por isso deve ser aplicada a norma que no caso concreto melhor proteja a vítima.⁴⁸

Dessa forma, devido ao fato de o objeto e o fim desses ramos consistirem em assegurar a proteção ao indivíduo, o interesse das vítimas deveria ditar a aplicação do standard mais elevado de proteção em casos de conflito entre as normas.⁴⁹

Abundantes pensamentos, podem ser levantadas nesse ponto, como o fato de que se fazer referência às provisões relevantes de DIH como fontes autorizadas de interpretação de forma a verificar a ocorrência de violações de Direitos Humanos; não é o mesmo que aplicar diretamente essas normas,⁵⁰ uma vez que a prerrogativa da análise do Estado está limitada a uma possível violação do artigo 29.b da CADH, e não do direito humanitário em si.⁵¹

3.1.3. O nexó entre normas de embargo de garantias e o DIH

Em síntese, cabe uma referência à possibilidade de embargos de garantias autorizado pela Convenção Americana em casos de guerra, perigo público ou outra emergência que ameace a independência e segurança do Estado.

Devido ao fato de o artigo 27.1 estabelecer que algumas derrogações são possíveis “desde que [...] não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional”, no momento em que se analisa a legalidade das medidas de suspensão de garantias da Convenção (em virtude de um conflito armado no território de um Estado) não é possível determinar o cumprimento ou não dela sem levar em consideração os demais tratados dos quais os Estados sejam parte, assim como o direito consuetudinário.

⁴⁷ Comissão IDH. Caso Juan Carlos Abella Vs. Argentina. 18 de noviembre de 1997. Informe 55/97. Párr. 165

⁴⁸ Antonio Augusto Cançado Trindade. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. p. 52-53

⁴⁹ ICRC. International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence. Summary report Prepared by the International Committee of the Red Cross Supplement to the report prepared by the International Committee of the Red Cross entitled “International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts”. November 2003. p. 8.

⁵⁰ Lindsay Moir. “Law and the Inter-American Human Rights System”. Human Rights Quarterly. Núm. 182. 2003. p. 894

⁵¹ Liesbeth Zagveld. “The Inter-American Commission of Human Rights and International Humanitarian Law: Comment on the Tablada case”. International Review of Red Cross. Num 505. 1998. p. 58.

Assim sendo, se os direitos em questão não pudessem ser suspensos de acordo com o direito humanitário, dever-se-ia concluir pela violação tanto da CADH, como do DIH.

Essa compreensão da cláusula de derrogação de garantias parece ser correta, uma vez que o órgão de supervisão deveria necessariamente explicar o entendimento a respeito da violação da norma de Direito Humanitário para justificar uma recomendação ou sentença de impossibilidade de derrogação da Convenção Americana,⁵²

O qual torna o órgão aplicador intérprete autorizado desse sistema de normas.

No entanto, esse entendimento sofre do mesmo problema da primeira interpretação sob a análise direta do DIH, isto é apesar de a norma que pode ser analisada pelo órgão ser aquela do Direito Humanitário, a violação que pode ser declarada é apenas a do artigo 27.1 da Convenção Americana, e não do DIH por si.

3.1.4 Posição da corte interamericana de direitos humanos

Levantam-se profusas apreciações, inicial da Comissão Interamericana a respeito da competência atribuída pela CADH para a análise de outros instrumentos internacionais, o mesmo não acontece com o juízo da Corte Interamericana.

Seu posicionamento é o de que é apenas permitido julgar as violações de instrumentos que lhe confirmam diretamente competência; no sentido de que se por um lado não é possível declarar a violação de tratados que não lhe atribuem jurisdição para tanto, por outro lado a Corte pode observar que alguns atos ou omissões violam as normas de direitos humanos que podem estar contidas em outros tratados.⁵³

Portanto, seria permitida a interpretação das disposições da CADH à luz de outros tratados internacionais, sempre que a matéria for pertinente, sem, contudo, analisar diretamente a violação ou não das normas de esses tratados.

O posicionamento da Corte Interamericana acerca da aplicação do Direito Internacional Humanitário como meio de interpretação do sentido e do alcance da Convenção Americana apresentou um notável salto desde o paradigmático caso *Bámaca Velasquez*.

⁵² Lindsay Moir. "Law and the Inter-American Human Rights System". *Human Rights Quarterly*. Núm. 182. 2003. p. 859.

⁵³ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Párr. 208.

Portanto, a aplicação desse ramo do Direito Internacional para a análise da violação de direitos diversos, inter alia o direito à propriedade privada, o direito à circulação e residência e o direito à vida.⁵⁴

Exempli gratia, no caso *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, a Corte IDH considerou que no momento de proceder à análise de atribuição de responsabilidade internacional do estado não poderia deixar de levar em consideração a existência de deveres gerais e especiais de proteção à população civil pelo Estado em caso de conflito armado provenientes do Direito Internacional Humanitário, estabelecidos, especialmente, no artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949 e ao Protocolo II.

Nesse sentido, considerou que o respeito devido às pessoas protegidas implica em obrigações de caráter passivo (não matar, não violar a integridade física, etc.), enquanto que a proteção devida implica obrigações positivas de impedir que terceiros perpetrem violações contra essas pessoas⁵⁵

De natureza igual, ao direito à propriedade privada, que em um primeiro momento não parece ser matéria de desenvolvimento extensivo do DIH,

A corte considerou pertinente a aplicação subsidiária das disposições do Protocolo II à Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para interpretar o alcance do artigo 21º⁵⁶ da Convenção no caso *Las Masacres de Ituango Vs. Colombia*,⁵⁷

Com o propósito de ressaltar que os artigos 13 (proteção à população civil) e 14 (proteção aos bens indispensáveis à sobrevivência da população civil) do Protocolo II proporcionariam uma maior proteção aos indivíduos.

4. CONTRARIEDADES DA INTERATIVIDADE, DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E DIREITO INTERNACIONAL

4.1. Obstáculos da aplicação dos direitos humanos em conflitos armados

Em incidentes de guerrilhas interno, o DHI dos DH e o DIH, se afluem de maneira mais precisa e se reforçam reciprocamente um dos absolutos contratempos que surgem nesse

⁵⁴ Conferir, nesse sentido: Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. “Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118 párr. 108”. Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 33.

⁵⁵ Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 1341, par. 14.

⁵⁶ O direito a propriedade privada, reconhecido no artigo 21 da CADH, abarca todos os bens móveis e imóveis, os elementos corporais e incorporais e qualquer outro objeto imaterial suscetível de valorização. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Párr. 121

⁵⁷ 3 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No.148.

aspecto é o caso de uma hipotética violação do direito à vida inserida em uma situação de conflito.

A Comissão e a Corte têm competência para analisar tal alegação, visto que o artigo 4º da CADH abarca tal direito. Contudo, como o direito à vida supostamente violado está inserido em um contexto de conflito armado, a análise da violação levando em consideração apenas o disposto na Convenção poderia se mostrar ineficaz; uma vez que a CADH não contem disposições que definam ou distingam civis, combatentes e outros objetivos militares, tampouco que especifiquem quando um civil pode ser alvo de um ataque legítimo ou quando as baixas civis são uma consequência legítima das operações militares⁵⁸

Assim, de forma a cumprir com o objeto e fim da Convenção Americana, dever-se-iam aplicar as regras pertinentes do DIH como fontes de interpretação autorizada para resolver situações de violações de direitos humanos em conflitos armados.

Por esse motivo, aplicação das normas de Direito Humanitário como *lex specialis* é necessário, pois em casos específicos apenas pela aplicação das normas de Direitos Humanos não é possível avaliar adequadamente a observância dos padrões internacionais de proteção ao indivíduo.

188

Outra questão sobre a convergência desses direitos diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade. Sob uma perspectiva negativista acerca da aplicação das normas de DIH por órgãos de DH, tem-se que os membros das forças armadas poderiam não estar aptos a identificar previamente qual o critério de interpretação ao qual eles estarão sujeitos: se o tradicional do Direito Internacional Humanitário ou o extensivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Por exemplo, uma interpretação estrita de proporcionalidade aplicada ao ataque de um alvo militar que cause danos a civis, típica dos DH, poderia se tornar impossível de ser aplicada em uma situação de conflito.

Tal fato poderia causar uma incongruência, no sentido de que, por exemplo, um piloto de avião que efetuasse um bombardeio aéreo não pudesse ser punido pelo DIH porque os danos causados aos civis que estivessem perto dos alvos militares fossem necessários e

⁵⁸ Comissão IDH. Caso Juan Carlos Abella Vs. Argentina. Supra nota 15. Párr. 161

proporcionais ao objetivo; enquanto que o Estado poderia ser condenado por uma ótica de DH pelos mesmos danos causados aos civis.⁵⁹

Outra hipótese sobre a aplicação da proporcionalidade diz respeito ao caso de forças estatais realizarem um ataque letal a um grupo inimigo no contexto de conflito armado não internacional.

De acordo com as normas do DIH, essa ação seria completamente possível, desde que efetuada contra combatentes ou contra um alvo militar autorizado. Por outro lado, de acordo com os Direitos Humanos os agentes estatais deveriam anteriormente tentar capturar os combatentes, por ser uma forma menos gravosa, e, portanto, mais proporcional de ganhar vantagem militar e derrotar o inimigo, o que pode se demonstrar insustentável em uma situação-limite de conflito.⁶⁰

4.2. Direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário e suas relações

A relevância da aplicação de fontes subsidiárias de interpretação, entre elas o Direito Humanitário, é ressaltada pelo fato de que o resultado obtido em um mesmo caso não seria satisfatoriamente atingido pela utilização isolada dos instrumentos de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

189

Sem embargo, as divergências da aplicação do artigo 29 da Convenção Americana entre a Comissão e a Corte Interamericanas.

Aparentemente os resultados obtidos atingem o mesmo objetivo, ou seja: declarando ou não diretamente violações diversas daquelas da Convenção Americana, pode-se utilizar desses outros instrumentos para analisar os direitos e garantias da CADH.

O qual concebe a possibilidade de um maior esclarecimento sobre os bens protegidos e acompanhamento da tendência de desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos.

No que tange a aplicação do Direito Humanitário pelos órgãos de Direitos Humanos, apesar de ser extremamente favorável por solucionar o vácuo da inexistência de órgãos jurisdicionais permanentes de DIH.

⁵⁹ Christine Byron. "A Blurring Boundaries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies". Virginia Journal of International Law. Vol. 47. Number 4. Summer 2007. p. 892.

⁶⁰ Noam Lubell. "Challenges in applying human rights law to armed conflict" International Review of Red Cross. Volume 87 Number 860 2005. p. 747.

Torna-se necessário realizar alguns apontamentos no sentido de garantir que sua aplicação seja satisfatória.

Em um primeiro momento, cabe aos órgãos de DH realizarem cursos de aperfeiçoamento e contratação de especialistas em DIH em seu quadro de funcionários, a fim de evitar a má aplicação desse ramo do direito.⁶¹

Em um segundo momento, a inaplicabilidade das sanções por violações de DIH para os atores não-estatais parece ser um empecilho para uma análise neutra do conflito.⁶²

Contudo, cabe destacar que os atores não-estatais são igualmente obrigados a cumprir as normas do DIH em conflitos armados e que, mesmo não podendo efetuar sanções, os órgãos de DH podem emitir declarações sobre as atividades desses grupos, o que contribui de forma indireta para o respeito dos mesmos pelo DIH.

A aplicação do Direito Humanitário por órgãos de proteção aos Direitos Humanos não está sendo realizada apenas pelo Sistema Interamericano.

Sendo que existem diversas decisões do Comitê de Direitos Humanos e da Corte Européia de Direitos Humanos na matéria, o que ressalta que o processo de convergência entre esses ramos do direito internacional é contínuo e está presente não só nos sistemas regionais, mas também no sistema universal de proteção do indivíduo.

Uma vez que o sistema tradicional de monitoramento do DIH é particularmente fraco, a atuação de outros órgãos permite a efetivação e controle das normas e proteção das pessoas envolvidas em uma situação de conflito, preenchendo a lacuna da tutela jurisdicional do Direito Internacional Humanitário e ao mesmo tempo não violando o consentimento estatal ao não aplicar diretamente as disposições de tal ramo do Direito Internacional.

Apesar das diferenças intrínsecas desses ramos do direito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário apresentam uma inegável convergência das suas normas.

O presente modelo baseado na complementaridade desses sistemas é preferente àquele no qual, na existência de um conflito armado, a aplicação do DIH precludiria a aplicação de qualquer outro ramo do direito, por razão de seu status de *lex specialis*.

⁶¹ Th eodor Meron. “Th e Humanizations of Humanitarian Law”. American Journal of International Law. Vol. 239 Num 245. 2000. p. 247

⁶² Christine Byron. “A Blurring Boundaries: Th e Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies”. Virginia Journal of International Law. Vol. 47. Number 4. Summer 2007. p. 883.

A complementaridade existente é o meio mais eficaz de proteção legal em todas as circunstâncias, levando-se em consideração que em qualquer momento elementos relevantes de pelo menos um ramo ou vários ramos do direito continuará a ser aplicável.⁶³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As decisões pela interpretação das normas internacionais, mas também muito por influência de decisões judiciais da Corte IDH desenvolveram um arcabouço jurisprudencial que reforça a ideia de convergência entre o direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário.

Esse instrumento é fruto de um processo gradativo de aplicação de técnicas de interpretação que permitem a Corte Interamericana aliar regras de interpretação claramente autorizada pela Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 29, princípios norteadores e dispositivos pertencentes a estrutura normativa alheia ao sistema.

Tais questões restam muito claras, quando se analisar os casos envolvidos conflitos armados internos, onde se vislumbra a ampliação das regras de proteção, conduzidas pela interpretação das normas interamericanas, mas também.

Muito por influência de decisões judiciais advindas de outros tribunais e principalmente, por documentação não pertencentes ao corpus juris do DIDH, mas do Direito Internacional, que seria o DHI.

Essa ampliação da análise dos tratados internacionais, para além dos de Direitos Humanos, justifica se porque, como já exposto tanto o DIH como o DIDH compartilham do mesmo objetivo: a proteção dos indivíduos.

Por isso, os Estados devem respeitar, proteger e propiciar ao máximo o disfrute dos direitos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, mesmo em tempos de conflito.

Cumprе ressaltar que o uso do Direito Internacional Humanitário pela Corte Interamericana não tem por escopo declarar violados direitos pertencentes à documentos normativos humanitários.

No entanto, conforme apresentado pela análise dos julgados, tais dispositivos são utilizados como reforço argumentativo, de forma a complementar o entendimento da

⁶³ CRC. International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence. Summary report Prepared by the International Committee of the Red Cross Supplement to the report prepared by the International Committee of the Red Cross entitled "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts. November 2003"

Corte acerca do contexto em que as violações ocorrem ou mesmo ainda ampliar o conteúdo dos dispositivos da CADH.

Nesse processo de interpretação para ampliação da proteção de direitos, os princípios do DIH, mostram-se meios importantes para aproximação entre os dois regimes do Direito Internacional em questão, para os julgados da Corte Interamericana envolvendo conflitos armados.

Para terminar, verifica-se que embora a Corte Interamericana, conforme determina o artigo 62.3 da CADH, tenha sua competência fixada para aplicação dos dispositivos contidos na Convenção Americana, fazendo uso dos demais tratados interamericanos, outras previsões normativas para além do Sistema Interamericano e do próprio corpus juris dos tratados de Direitos Humanos, vem sendo objeto de análise por parte da Corte IDH, em função da ausência normativa sobre certos temas no SIDH

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. Declaração de Genebra. 1948.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados. Versão Digital. Disponível em <http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/direitos-dapessoahumana.htm>, Parte I. 22 de abril de 2004. Acesso em fevereiro de 2023.
- _____. Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI. In: Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (Org.). Desafios do Direito Internacional Contemporâneo. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- Corte IDH. Caso Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2018.
- CorteIDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de novembro de 2003.
- CorteIDH. Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de outubro de 2012c.
- CorteIDH. Caso Pollo Rivera e outros Vs. Peru. Mérito, reparações e custas. Sentença de 21 de outubro de 2016.
- CorteIDH. Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colombia. Mérito, reparações e custas. Sentença de 7 de julho de 2009.
- CorteIDH. Caso Zambrano Velez e outros Vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 04 de julho de 2007.
- EL KOUHENE, M. Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaires e droits de l'homme, 1986.

GIOIA, Andrea. The role of the European Court of Human Rights in Monitoring Compliance with Humanitarian Law in Armed Conflict. In BEN-NAFTALI, Orna. *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*. Oxford University Press, 2011, p.201-249.

HATHAWAY, OONA; SHAPIRO, SCOTT. *The Internationalists: how a radical plan to outlaw war remade the world*. PENGUIN BOOKS LTD. EDIÇÃO DO KINDLE, 2017

HENKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD, Beck Louise. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*. Norma 14, v I. Buenos Aires: CICR, 2007

HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. *Introdução ao Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

ICRC. *Base de Dados do Direito Consuetudinário*. Capítulo 1, regras 15, 22, 23 e 24. 2005. Disponível em: Acesso em fevereiro 2023.

ICRC. *DIH e Outros Regimes Legais: Jus in bello – Jus ad bellum*. Disponível. <https://www.icrc.org/pt/guerra-e-odireito/dih-eoutros-regimes-legais/jus-bello-jus-adbellum>. em. Acesso em fevereiro de 2023.

ICRC. *Guia para interpretar a noção de participação direta nas hostilidades segundo o Direito Internacional Humanitário*. Dezembro de 2010. Disponível em https://www.icrc.org/spa/assets/other/icrc_003_0990.pdf. Acesso em fevereiro de 2023.

193

KLEFFNER, Jann K. *Human Rights in Armed Conflict*. In: FLECK, Dieter (Ed.). *The handbook of international humanitarian law*. Oxford University Press, 4. Ed. 2021.

MÉGRET, Frédéric. *Detention by Non-State Armed Groups in NIACs: IHL, International Human Rights Law and the Question of the Right Authority*. In: HEFFES, Ezequiel; KOTLIK, Marcos; VENTURA, Manuel. *International Humanitarian Law and Non-State Actors: Debates, Law and Practice*, 2019, p. 169-194.

ONU. *Código de conduta para funcionários encarregados de fazer cumprir a lei*, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua resolução 34/169. 17 de dezembro de 1979.

ONU. *Comissão de Direito Internacional. Relatório de Trabalho*, 58 sessões, UN Doc. A/61/10 de 2006, p. 409

ONU. *Convenção sobre Munições Cluster*. 01 de agosto de 2010.

ONU. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. 26 de junho de 1945.

ONU. *Informe do Relator Especial sobre Execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias*. UN Doc. A/66/330. 30 de agosto de 2011.

ONU. *Princípios básicos sobre o emprego da força e de das armas de fogo por funcionários encarregados de cumprir a lei*. Adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre

Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente celebrado em La Habana, Cuba, do dia 27 de agosto ao dia 7 de setembro de 1990.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEDH. Caso Hassan Vs. Reino Unido. Sentença de 2014.

TEDH. Caso Korbely Vs. Hungria. Sentença de 19 de setembro de 2008.

UNESCO. Convenção para a Proteção de Bens em Caso de Conflito Armado. Haia, 1954.

UNHCR. Global Trends: Forced Displacement in 2019. 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://>

www.unhcr.org/5ee200e37#_ga=2.94798682.776429483.1617323454.1617323454.1617323454. Acesso em fevereiro 2023.