

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Julio Cesar Veiga Bezerra

**APLICANDO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO EM TRIBUNAIS DE
DIREITOS HUMANOS: O CASO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS**

Porto Alegre

2019

JULIO CESAR VEIGA BEZERRA

**APLICANDO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO EM TRIBUNAIS DE
DIREITOS HUMANOS: O CASO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado junto ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Costa Morosini

Coorientadora: Profa. Dra. Martha Lucía Olivar Jimenez

Porto Alegre

2019

JULIO CESAR VEIGA BEZERRA

APLICANDO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO EM TRIBUNAIS DE
DIREITOS HUMANOS: O CASO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
junto ao Departamento de Direito Público e
Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 18 de dezembro de 2019

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fabio Costa Morosini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Orientador

Profa. Dra. Martha Lucía Olivar Jimenez
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Coorientadora

Prof. Me. Fabrício José Rodrigues de Lemos
Universidade Feevale

AGRADECIMENTOS

Aproveito esta oportunidade para agradecer aqueles e aquelas que foram extremamente importantes no desenvolvimento e conclusão deste trabalho, assim como nos últimos cinco anos da graduação em direito e da pesquisa em direito internacional.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer ao meu orientador, Professor Fabio Costa Morosini, pela inspiração diária, pelos ensinamentos valiosos, pelo auxílio constante e por sempre acreditar no meu potencial enquanto pesquisador e profissional. Sou grato por ter me introduzido à pesquisa em direito internacional em 2014 e pela confiança em ter atuado como meu orientador de pesquisa desde então. Tornou-se, além de professor, mentor e amigo; mostrando-me que é possível, sim, fazer pesquisa em direito no Brasil com qualidade, seriedade e comprometimento. Devo, ao Professor Fabio, grande parte do amor pela pesquisa acadêmica e do sonho de se tornar professor de direito internacional no futuro. Agradeço também a todos os colegas do seu grupo de pesquisa, o Centro para Direito, Globalização e Desenvolvimento, pela parceria e pelo auxílio na minha formação como pesquisador.

Agradeço também à minha coorientadora, Professora Martha Lucía Olivar Jimenez, por ter aceitado o convite de orientação conjunta deste trabalho e por ter oferecido contribuições valiosas a esta pesquisa. Desde 2017, suas aulas de Direito Internacional Público me inspiram e corroboram meu grande interesse pela matéria. Foi junto ao Grupo de Pesquisa em Direito Internacional Público (GPDIP), sob sua coordenação, que vivi momentos inesquecíveis com colegas que compartilham do mesmo interesse pela pesquisa em DIP.

Ao Professor Thilo Marauhn, *Vielen Dank*, por ter me aceitado em 2018 como pesquisador-assistente e estudante de intercâmbio na *Justus-Liebig-Universität Gießen*, Alemanha, onde pude expandir meus conhecimentos em DIP e desenvolver pesquisa em Direito Internacional Humanitário, o que motivou em grande parte a escolha do tema deste trabalho.

Registro também meu agradecimento aos colegas com quem tive a oportunidade de trabalhar nos estágios que realizei na Secretaria Estadual da Saúde, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e no Veirano Advogados. A experiência e o aprendizado adquiridos foram determinantes para o meu desenvolvimento profissional. Um agradecimento especial ao Filipe Scherer e à equipe do Veirano Advogados por acreditarem no meu potencial, estimularem meu crescimento profissional e permanecerem me auxiliando mesmo após o fim do estágio.

Deixo registrado aqui meu profundo agradecimento à Luiza Leão, Fernanda Machry e Inaê Oliveira por me inspirarem desde o início da faculdade, por todas as conversas que muito me ajudaram e principalmente por idealizarem o Núcleo de Extensão em Tribunais Simulados

(NETS), projeto que me apresentou aos *moot courts* e me ensinou a estudar DIP. Agradeço também aos idealizadores da edição 2015 do Concurso Nacional Sistemas Internacionais de Direitos Humanos (CNSIDH) e às minhas colegas de equipe, Gabriela Armani e Luísa Rosa, por me introduzirem ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e me motivarem a pesquisar sobre a proteção internacional dos direitos humanos. Aos colegas da *UFRGS IHL Clinic*, em especial ao Gabriel Lee, muito obrigado por abraçarem este projeto e se engajarem na disseminação e consolidação do Direito Internacional Humanitário no Brasil.

Não poderia deixar de agradecer a todas as pessoas, amigos e amigas, com quem tive a oportunidade de trabalhar nos projetos de extensão do curso de Relações Internacionais da UFRGS. Primeiro, ao *staff* e participantes do *UFRGS Model United Nations* (em especial ao secretariado de 2017), projeto que me empodera enquanto acadêmico desde 2011 e ao qual devo o início da minha trajetória acadêmica no direito internacional. E, segundo, à equipe do UFRGSMUNDI, que me ensinou a importância da extensão universitária e da democratização do ensino de qualidade que recebemos na universidade pública.

Deixo um agradecimento especial também aos amigos e amigas que fizeram esses últimos cinco anos de faculdade mais leves, felizes, emocionantes e divertidos. Primeiro, à família que a *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition* me presenteou: Ana, Elisa, Felipe, João, Julia B., Julia M. e Leonardo, vocês me inspiram a seguir estudando e pesquisando direito internacional. Eu sou muito feliz de ter cada um de vocês na minha vida. Segundo, aos meus colegas de turma, que desde 2014 me proporcionam momentos inesquecíveis na faculdade: Ana Carolina, Bruna, Gabriela, Igor, Laura, Rosália e Victória, ainda que eu os tenha deixado mais cedo, a amizade de vocês foi um dos maiores presentes que a Faculdade de Direito da UFRGS me deu.

Agradeço aos meus pais, Marcio e Simone, pelos inúmeros sacrifícios feitos ao longo da vida para que eu tivesse a melhor educação possível. Obrigado por me apoiarem incondicionalmente, por acreditarem nos meus sonhos e por me darem todo o suporte para que eu cursasse e concluísse a graduação com êxito. Eu devo tudo a vocês. Agradeço também à minha irmã, Gabriela, minha parceira, melhor amiga, fonte de inspiração e que muito me ajudou, durante a graduação, a superar obstáculos e a realizar tarefas aparentemente intermináveis. E à Carla, pelas horas de conversas via *Skype*, por sempre acreditar em mim e por tornar minha vida muito mais feliz, mesmo a quase dez mil quilômetros de distância.

Por fim, e mais importante, agradeço a Deus por me amar incondicionalmente, por dizer diariamente quem eu sou de verdade e por me dar forças para que eu não desista dos meus sonhos, mesmo diante das adversidades.

O Direito Internacional interessa não apenas ao especialista, mas a todos. É de se repetir que toda a vida política, econômica, social e cultural está se internacionalizando, e o Direito Internacional é o “instrumento” deste processo. O Direito Internacional deve se transformar em um instrumento da luta contra o subdesenvolvimento.

(Celso D. de Albuquerque Mello)

The major juridical revolution of the contemporary legal thinking lies in my view on the advent and development of international law of human rights.

(Antônio Augusto Cançado Trindade)

RESUMO

Direito Internacional Humanitário (DIH) e Direito Internacional de Direitos Humanos (DIDH) convergem para a proteção da pessoa humana. É sabido que, por ser *lex specialis*, uma parte considerável do DIH precede à aplicação do DIDH em situações de conflito armado. No entanto, atualmente é amplamente reconhecido que as obrigações de direitos humanos continuam a ser aplicadas no contexto de guerra. Nesse sentido, tribunais de direitos humanos, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), são extremamente valiosos, pois podem servir como um fórum alternativo para implementar o direito do conflito armado. O atual entendimento da Corte IDH é no sentido de que esta é apenas competente para *interpretar* a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) à luz do DIH, destacando, dessa forma, a distinção entre *interpretar* e *aplicar* o direito do conflito armado. O presente trabalho tem por objetivo investigar se, do ponto de vista da proteção da pessoa humana, é desejável que a Corte IDH *aplique* Direito Internacional Humanitário. A hipótese é de que pode ser desejável o uso de tribunais de direitos humanos, como a Corte IDH, para responsabilizar os Estados e reparar as vítimas de violações de DIH. Inicialmente, são apresentados, a partir de literatura nacional e estrangeira, aspectos sobre a relação e interseção entre DIH e DIDH. Posteriormente, realiza-se estudo de caso da Corte IDH a partir de uma análise empírica de suas decisões que tratam sobre conflito armado e DIH. O teste empírico demonstrou que existe uma aplicação indireta do DIH, pela Corte IDH, com vistas a uma melhor e mais adequada aplicação das normas da CADH e proteção dos direitos humanos em situações de conflito armado. Portanto, é desejável que a Corte IDH aplique Direito Internacional Humanitário, uma vez que esta tem se mostrado um fórum emergente para implementação e desenvolvimento do DIH.

Palavras-chave: Direito Internacional Humanitário. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tribunais de Direitos Humanos. Conflito Armado.

ABSTRACT

International Humanitarian Law (IHL) and International Human Rights Law (IHRL) converge on the protection of the human person. It is well known that, as a *lex specialis*, a considerable part of IHL precedes the application of IHRL in armed conflict situations. However, it is now widely recognized that human rights obligations continue applying in the context of war. In this regard, human rights courts, such as the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), are extremely valuable as they can serve as an alternative forum for implementing the law of armed conflict. The current understanding of the IACtHR is that it is only competent to *interpret* the American Convention on Human Rights (ACHR) in light of IHL, thus highlighting the distinction between *interpreting* and *applying* the law of armed conflict. This paper aims to investigate whether, from the point of view of the protection of the human person, it is desirable for the IACtHR to *apply* International Humanitarian Law. The hypothesis is that it may be desirable to use human rights courts, such as the IACtHR, to hold States accountable and to compensate victims of violations of IHL. Initially, based on national and foreign literature, aspects concerning the relationship and intersection between IHL and IHRL are presented. Subsequently, a case study of the IACtHR is conducted based on an empirical analysis of its decisions dealing with armed conflict and IHL. The empirical test demonstrated there is an indirect application of IHL by the IACtHR, with a view to a better and more appropriate application of the ACHR provisions and protection of human rights in armed conflict situations. It is therefore desirable for the IACtHR to apply International Humanitarian law, as the Court has proven to be an emerging forum for the implementation and development of IHL.

Keywords: International Humanitarian Law. International Human Rights Law. Inter-American Court of Human Rights. Human Rights Courts. Armed Conflict.

RESUMEN

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) convergen en la protección de la persona humana. Es bien sabido que, como *lex specialis*, una parte considerable del DIH precede a la aplicación del DIDH en situaciones de conflicto armado. Sin embargo, actualmente se reconoce ampliamente que las obligaciones de derechos humanos siguen siendo aplicables en el contexto de la guerra. En este sentido, los tribunales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), son extremadamente valiosos, ya que pueden servir como un foro alternativo para la aplicación del derecho de los conflictos armados. La interpretación actual de la Corte IDH es que sólo es competente para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a la luz del DIH, lo que pone de relieve la distinción entre *interpretar* y *aplicar* el derecho de los conflictos armados. El presente documento tiene por objeto investigar si, desde el punto de vista de la protección humana, es deseable que la Corte IDH aplique el Derecho Internacional Humanitario. La hipótesis es que puede ser deseable el uso de los tribunales de derechos humanos, como la Corte IDH, para exigir responsabilidades a los Estados e indemnizar a las víctimas de violaciones del DIH. Inicialmente, sobre la base de la literatura nacional y extranjera, se presentan los aspectos de la relación e intersección entre el DIH y el DIDH. Posteriormente, se realiza un estudio de caso de la Corte IDH basado en un análisis empírico de sus decisiones relativas a los conflictos armados y el DIH. La prueba empírica mostró que existe una aplicación indirecta del DIH por parte de la Corte IDH, con miras a una mejor y más adecuada aplicación de las normas de la CADH y la protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado. Por lo tanto, es deseable que la Corte IDH aplique el Derecho Internacional Humanitario, ya que ha demostrado ser un foro emergente para la aplicación y el desarrollo del DIH.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tribunales de Derechos Humanos. Conflicto Armado.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Intersecção entre DIH e DIDH	51
Figura 2: DIH no Sistema Interamericano de Direitos Humanos	58
Figura 3: Linha do tempo dos principais casos da Corte IDH sobre DIH	79
Figura 4: Resultados do teste empírico	82
Figura 5: Confirmação da hipótese formulada.....	8

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
Art.	Artigo
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CADHP	Convenção Africana de Direitos Humanos e dos Povos
CAI	Conflito Armado Internacional
CANI	Conflito Armado não-Internacional
CAT	Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penais, Cruéis, Desumanos ou Degradantes
CEDAW	Convenção para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CERD	Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial
CGs	Convenções de Genebra de 1949
CMW	Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e de suas Famílias
CoE	Conselho da Europa
Corte EDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CSNU	Conselho de Segurança das Nações Unidas
CPED	Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados
CPRCG	Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio
CRC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CRPD	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
DADDH	Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIH	Direito Internacional Humanitário
DIHC	Direito Internacional Humanitário Costumeiro

DIP	Direito Internacional Público
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EACDH	Escritório do Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
Para.	Parágrafo
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
PA	Protocolo Adicional às Convenções de Genebra
SEDH	Sistema Europeu de Direitos Humanos
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
TIM	Tribunal Internacional Militar
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPII	Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 QUESTÕES PRELIMINARES	21
2.1 Direito Internacional Humanitário	21
2.1.1 Antecedentes Históricos	22
2.1.2 Principais Instrumentos e Mecanismos de Implementação.....	25
2.2 Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	32
2.2.1 Antecedentes Históricos	32
2.2.2 Principais Instrumentos e Mecanismos de Implementação.....	35
2.2.2.1 Sistema Interamericano de Direitos Humanos	39
2.3 Relacionando Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos	42
2.3.1 Intersecção entre Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	48
2.3.2. Direito Internacional Humanitário como <i>lex specialis</i> em Situações de Conflito Armado.....	52
2.3.3 <i>Aplicando</i> Direito Internacional Humanitário em Tribunais de Direitos Humanos?.....	54
3 ESTUDO DE CASO: ANÁLISE EMPÍRICA A PARTIR DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	58
3.1 Direito Internacional Humanitário na Comissão Interamericana de Direitos Humanos	59
3.2 Direito Internacional Humanitário a partir das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	65
3.2.1 <i>Caso Las Palmeras v. Colombia</i> (2000)	65
3.2.2 <i>Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala</i> (2000)	67
3.2.3 <i>Caso De La Cruz Flores v. Perú</i> (2004)	67
3.2.4 <i>Caso Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador</i> (2004).....	69
3.2.5 <i>Caso “Masacre de Mapiripán” v. Colombia</i> (2005)	70
3.2.6 <i>Caso Masacres de Ituango v. Colombia</i> (2006).....	71
3.2.7 <i>Caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú</i> (2008).....	71
3.2.8 <i>Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia</i> (2012).....	72
3.2.9 <i>Caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia</i> (2013)	74
3.2.10 <i>Caso Cruz Sánchez y otros v. Perú</i> (2015).....	76

3.3 Resultados: <i>Aplicação</i> de Direito Internacional Humanitário pela Corte Interamericana?	78
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	10
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	14

1 INTRODUÇÃO

O direito internacional,¹ especialmente a partir do período pós-Segunda Guerra, desenvolveu-se no sentido de criar um regime normativo de proteção da pessoa humana no plano internacional. No entanto, a criação dessas normas, embora profundamente influenciada pelas atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra, faz parte de um processo de limitação da atuação do Estado nas relações internacionais que data de período anterior. Desde o século XIX, surgiam declarações e tratados que visavam limitar o emprego da violência pelos Estados, especialmente em contexto de guerra. A Convenção de Genebra sobre a Melhoria da Condição dos Feridos em Exércitos em Campanha, de 1863,² e a Declaração de São Petersburgo de 1868, que condenou o uso de projéteis explosivos com menos de 400 gramas,³ marcam o início do Direito Internacional Humanitário (DIH)⁴ moderno, conjunto de normas que tem por objetivo impor limites aos meios e métodos de guerra, assim como proteger as pessoas que não participam ou não estão mais participando das hostilidades (CICV, 2014b). Pode-se dizer, portanto, que o DIH foi o responsável por lançar as bases nas quais o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH)⁵ moderno fora construído (MARTIN, SCHNABLY, *et al.*, 2006), ainda que o primeiro tenha nascido com finalidade e em contexto distintos do segundo.

O DIH foi concebido inicialmente como um corpo jurídico que regula as relações beligerantes inter-Estatais (SASSÒLI, BOUVIER e QUINTIN, 2011). No entanto, desenvolveu-se ao longo dos anos no sentido de abarcar conflitos armados não apenas de caráter internacional, mas também não-internacional - quando há atores não-estatais envolvidos na condução das hostilidades. Nesse contexto, impõe deveres a todas as partes do conflito com vistas a garantir seu objetivo principal: proteger as pessoas que não participam – ou deixaram de participar – das hostilidades. Dessa forma, o DIH é apenas aplicável quando resta configurada situação de conflito armado. Em observância às normas estabelecidas pelo direito humanitário, os Estados têm a obrigação de adotar medidas práticas e jurídicas, tais como a promulgação de leis penais e a difusão do DIH. Este ainda prevê vários mecanismos que visam

¹ Para fins deste trabalho, o termo “direito internacional” refere-se ao “Direito Internacional Público”.

² A Convenção de Genebra de 1864 está disponível (em inglês) no seguinte endereço: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/120>.

³ A Declaração de São Petersburgo de 1868 está disponível (em inglês) no seguinte endereço: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=568842C2B90F4A29C12563CD0051547C>.

⁴ Ao longo deste trabalho, utilizar-se-ão os termos “direito do conflito armado”, “direito da/de guerra” ou apenas “direito humanitário” como sinônimos de Direito Internacional Humanitário (DIH).

⁵ Neste trabalho, será utilizada a expressão “direito dos direitos humanos” como sinônimo de Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

contribuir para uma efetiva aplicação das normas humanitárias, incentivando os Estados que atuem no sentido de garantir que outros Estados também respeitem o DIH (CICV, 2005).

Por outro lado, as normas do DIDH, diretamente influenciadas pelo direito do conflito armado na origem, foram concebidas fundamentalmente para tempos de paz, aplicando-se a todos. Seu principal objetivo é proteger as pessoas contra a arbitrariedade de seu respectivo governo. Os Estados devem garantir que sua legislação nacional esteja em conformidade com as obrigações internacionais de direitos humanos. Para isso, também é estabelecida uma série de mecanismos de aplicação das normas internacionais de direitos humanos, que incluem tanto um sistema global - especialmente no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) - quanto sistemas regionais de proteção (CICV, 2005). No entanto, é importante ressaltar que as normas do DIDH, diferentemente do DIH, não regulam a condução das hostilidades.

Apesar das diferenças, é evidente que DIH e DIDH convergem, de alguma forma, para a proteção da pessoa humana. Ainda que tenham origens distintas, eles compartilham regras bastante protetivas, já que o princípio do respeito à dignidade humana é a própria razão de ser de ambos. São, portanto, complementares, uma vez que a finalidade última de ambos é proteger a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana, ainda que sob ângulos distintos.

Tradicionalmente, é sabido que, por ser *lex specialis*⁶, uma parte considerável do DIH precede à aplicação do DIDH em situações de conflito armado. Isto porque o direito humanitário foi criado especificamente para situações de conflito e, por este motivo, aplica-se apenas em tais situações, enquanto que os direitos humanos, ou pelo menos alguns deles, protegem a pessoa humana a todo tempo, seja em período de guerra ou paz. Alguns tratados de direitos humanos autorizam que os governos suspendam certos direitos em situações de emergência pública, como é o caso de um conflito armado. O DIH, por sua vez, não admite derrogação de direitos, uma vez que foi concebido para situações de emergência, especialmente as de guerra (CICV, 2005). No entanto, atualmente é amplamente reconhecido que há obrigações de direitos humanos que continuam a ser aplicadas no contexto de guerra. Estas são as chamadas normas *jus cogens*; direitos que devem ser garantidos em qualquer circunstância e que não admitem derrogação alguma, seja qual for o tratado.

Nesse contexto, os órgãos de direitos humanos, em especial os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, são extremamente valiosos, pois podem servir como um fórum alternativo para implementar o direito do conflito armado. Tradicionalmente, o escopo dos tribunais de direitos humanos concentra-se no exame e aplicação do DIDH, por meio de seus

⁶ A teoria do DIH como *lex specialis* será melhor desenvolvida na seção 2.3.2 do presente trabalho.

instrumentos regionais de proteção; no entanto, no âmbito regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem se mostrado um organismo ativo na reparação das vítimas durante conflitos armados ocorridos na América Latina.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte IDH estão vinculadas ao seu instrumento constitutivo: a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)⁷. À primeira vista, nem a função nem os termos de referência dessas instituições têm relação com DIH. A Convenção não faz menção alguma ao direito humanitário nem em seu preâmbulo, nem em seus 82 artigos. Ainda que tal instrumento seja silencioso na matéria, tanto a Comissão quanto a Corte têm feito referência ao DIH em sua prática. O atual entendimento da Corte IDH é no sentido de que esta é apenas competente para *interpretar* a CADH à luz do DIH, destacando, dessa forma, a distinção entre *interpretar* e *aplicar* o direito do conflito armado. Por outro lado, o órgão também declara que o escopo do DIH e sua convergência com DIDH é matéria de interesse da ordem pública interamericana, motivo pelo qual já tratou do tema em diversos julgados.

Considerando a relevância dada pela Corte IDH ao DIH, utilizando seus instrumentos jurídicos e interpretando suas normas, esta pesquisa visa responder o seguinte questionamento: do ponto de vista da proteção humana, é desejável que a Corte Interamericana de Direitos Humanos *aplique* Direito Internacional Humanitário? Para responder o problema, esta pesquisa delimitou três objetivos específicos, os quais norteiam sua estrutura: (i) *compreender* como o DIH é interpretado pela Corte IDH; (ii) *investigar* se existe margem para aplicação do DIH na jurisprudência da Corte; e, subsidiariamente, (iii) *examinar* o tratamento do DIH pela CIDH e se este influencia a prática da Corte (e, em caso positivo, como se dá tal influência). Parte-se da hipótese de que, sim, pode ser desejável o uso dos tribunais de direitos humanos (como a Corte Interamericana) como um instrumento para responsabilizar os Estados e reparar as vítimas de violações do DIH.

Esta investigação justifica-se na histórica (e ainda atual) insurgência de conflitos armados na América Latina e, portanto, no papel central que as normas humanitárias e o regime de direitos humanos desempenham diante desse cenário. Centra-se também na importância e na tradição que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) possui na região e, especialmente, na sua atuação determinante como mecanismo de proteção da pessoa humana, inclusive em contexto de guerra. A disseminação do DIH e DIDH, como parte fundamental do DIP, na academia, sociedade civil e judiciário brasileiros é essencial para se garantir uma efetiva

⁷ O texto da CADH está disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

proteção de direitos humanos e, assim, consolidar o respeito às normas internacionais no país. Nas palavras de Mello (2004, p. 836), os tribunais brasileiros “são em matéria de DIP absolutamente ‘leigos’ como os juristas brasileiros, com raras exceções, não sabem se utilizar do DIP”. A produção acadêmica nacional em DIH é bastante escassa, motivo pelo qual praticamente não há (pelo menos não foi encontrado por este autor até o presente momento) trabalho escrito em língua portuguesa sobre a aplicação do DIH no SIDH. A pesquisa aqui proposta, portanto, busca ir de encontro a esse cenário.

Emprega-se neste trabalho o método empírico de pesquisa. Isto é feito aqui por meio de estudo de caso da Corte IDH a partir da análise empírica de suas decisões. O estudo de caso é uma estratégia metodológica que visa construir um objeto empírico bastante específico e bem definido, de forma a revelar aspectos e características de um problema que não seria facilmente revelado através de outros métodos. Busca, nesse sentido, oferecer “representação de um fenômeno jurídico, em um contexto específico, a partir de um leque amplo de dados e informações” (MACHADO, 2017, p. 357). A aplicação do DIH, no contexto específico da Corte IDH, constitui um fenômeno jurídico que pode ser melhor representado através dos dados e informações disponíveis nos julgados da Corte. Esse fenômeno é o objeto empírico que se pretende investigar e que potencialmente gerará resultados por meio dos quais o problema de pesquisa deste trabalho tentará ser respondido. Assim, tais resultados podem ser, na visão deste autor, facilmente obtidos através da construção de um estudo de caso da Corte IDH a partir de julgados selecionados. Para isso, desenvolveu-se duas frentes metodológicas, as quais foram aqui chamadas de: (i) análise-suporte e (ii) análise-principal.

A (i) pode ser dividida em dois passos. O primeiro é caracterizado por uma vasta revisão de literatura, tanto nacional como estrangeira⁸, sobre os elementos principais que caracterizam os regimes de DIH e DIDH, a interseção entre ambos, a maneira como se relacionam, as teorias que buscam explicar essa relação e a abordagem desta no contexto do Sistema Interamericano.

⁸ Considerando que grande parte da bibliografia consultada está no idioma inglês ou espanhol, utilizou-se neste trabalho, no momento das citações, tradução feita pelo próprio autor em consulta ao texto original. Em relação aos tratados internacionais e documentos de órgãos internacionais, optou-se por utilizar a versão em português feita pelo próprio órgão que emitiu tratado ou documento (como é o caso do texto da CADH em português, produzido pela própria OEA). Para os tratados internacionais que não foram originalmente traduzidos para o português, buscou-se utilizar tradução feita pelo Congresso Nacional na promulgação dos decretos que internalizaram os tratados no ordenamento jurídico brasileiro, como foi o caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI). Tais versões traduzidas encontram-se disponíveis nos sites institucionais do Governo Federal. Em relação às Convenções de Genebra de 1949 e aos Protocolos Adicionais de 1977, optou-se por utilizar compilado produzido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) com a versão traduzida para o português daqueles documentos. Esta é a mesma versão produzida, aprovada e publicada pelo Congresso Nacional. Quando não se encontrou versões em português disponíveis dos tratados e documentos internacionais, a citação dos textos consistiu em tradução livre em consulta aos documentos originais.

Neste passo, buscou-se fornecer um conteúdo teórico mínimo sobre o lugar dos regimes de DIH e DIDH no DIP, bem como a intersecção existente entre ambos, para um melhor entendimento posterior acerca da análise das decisões da Corte IDH que discutem a aplicação de DIH. A bibliografia utilizada nesta pesquisa foi consultada na Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS e na Biblioteca Depositária das Nações Unidas, assim como nas bibliotecas da *Justus-Liebig-Universität Gießen*, Alemanha, onde o autor teve a oportunidade de realizar intercâmbio acadêmico no período 2018-2019; ou fazem parte do seu acervo pessoal (digital e físico). O segundo passo, por sua vez, consiste em análise documental da CIDH, isto é, dos principais relatórios em que a Comissão tratou da aplicação do DIH. Em consulta ao site oficial⁹ da CIDH, selecionou-se seis casos¹⁰: *Juan Carlos Abella v. Argentina (Tablada)* (1997); *Arturo Ribón Avilán v. Colombia* (1997); *Hugo Bustíos Saavedra v. Peru* (1998); *Ignacio Ellacuría, S.J. et al. v. El Salvador* (1999); *Monsignor Oscar Amulfo Romero y Galdámez v. El Salvador* (1999); e *Coard et al. v. Estados Unidos* (1999). Esta frente metodológica foi denominada “análise-suporte” pois fornece as bases teóricas nas quais a análise-principal (teste empírico a partir das decisões da Corte IDH) é realizada.

A frente (ii) consiste no estudo de caso propriamente dito, isto é, na análise-principal do trabalho: exame da jurisprudência da Corte IDH que trata da aplicação de direito humanitário. Tal análise foi feita em três passos. Primeiro, em consulta ao buscador de jurisprudência¹¹ no site oficial da Corte IDH, aplicou-se a palavra-chave *derecho internacional humanitario*¹². Foram encontrados 98 resultados. Segundo, do total de resultados, filtrou-se apenas (a) sentenças e que (b) mencionavam expressamente normas de DIH, bem como discutiam a aplicação e/ou interpretação deste. Foram excluídos desse recorte casos com menções descontextualizadas da palavra-chave buscada. Chegou-se em dez casos¹³: *Caso Las Palmeras v. Colombia* (2000); *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala* (2000); *Caso De La Cruz Flores v. Perú* (2004); *Caso Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador* (2004); *Caso “Masacre de Mapiripán” v. Colombia* (2005); *Caso Masacres de Ituango v. Colombia* (2006); *Caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú* (2008); *Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia* (2012);

⁹ Os casos aqui mencionados foram consultados periodicamente, desde maio de 2019, na seção *Informes sobre Casos*, disponível no site oficial da CIDH (em espanhol): <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/casos.asp>.

¹⁰ Esses casos serão analisados mais adiante na seção 3.1.

¹¹ Buscador de jurisprudência encontra-se disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>. A consulta ao buscador, para acesso aos casos, fora realizada desde maio de 2019 até o momento de finalização deste trabalho.

¹² Também foi realizada consulta utilizando-se a palavra-chave *derecho humanitario internacional*. No entanto, não foram encontrados nenhum resultado. Optou-se por realizar busca da palavra-chave em espanhol, pois este é o idioma oficial (ao lado do inglês) no qual todas as decisões da Corte são proferidas.

¹³ Esses casos serão analisados mais adiante na seção 3.2.

Caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia (2013); e *Caso Cruz Sánchez y otros v. Perú* (2015). Por fim, no terceiro passo, foi realizada análise, nas decisões aqui mencionadas, dos trechos em que a Corte mencionou DIH e tratou da aplicação deste. A “análise-principal”, portanto, busca resultados empíricos sobre o tratamento dado pela Corte IDH ao DIH para que se possa testar a hipótese formulada e, posteriormente, responder o problema de pesquisa proposto.

O trabalho está estruturado em dois capítulos principais. O primeiro abrange questões preliminares, que incluem uma contextualização dos regimes de DIH e DIDH e da relação entre ambos. As duas primeiras seções do capítulo tratam, respectivamente, da regulação internacional de direito humanitário e do regime internacional de proteção dos direitos humanos. Para cada um deles, é apresentada breve introdução histórica, seguida de comentários sobre os principais instrumentos jurídicos e mecanismos de aplicação de suas normas. A terceira seção deste capítulo expõe as principais teorias que explicam a relação entre DIH e DIDH como regimes que coexistem no DIP, especialmente o espaço de interseção entre suas normas e a teoria da *lex specialis*, finalizando com uma primeira tentativa de síntese sobre como a literatura tem tratado a possibilidade de aplicação de normas de DIH em tribunais de direitos humanos. O objetivo aqui não é esgotar esses temas, mas apenas introduzi-los de forma a destacar os principais elementos que os caracterizam. Tais elementos são pressupostos para se construir a análise empírica proposta no segundo capítulo. A finalidade deste primeiro capítulo é, portanto, fornecer uma base teórica mínima no tema, com questões que são preliminares e essenciais à análise das decisões da Corte IDH (e dos casos selecionados da CIDH) que tratam sobre a aplicação de direito humanitário.

Por fim, o segundo capítulo consiste no estudo de caso proposto nesta monografia: uma análise empírica dos julgados da Corte IDH que tratam da aplicação e/ou interpretação de normas de Direito Internacional Humanitário. O capítulo subdivide-se em três seções. A primeira tece breves comentários sobre o tratamento dado pela Comissão Interamericana ao DIH por meio da análise de alguns casos selecionados em que o órgão esteve diante de violações da CADH em situações de conflito armado. A segunda seção consiste no exame de cada um dos dez casos selecionados em que a Corte IDH discutiu a aplicação de direito humanitário. A terceira, considerada por este autor a parte central do trabalho, traz os resultados da análise empírica realizada, estabelecendo critérios e identificando padrões, com o intuito de testar a hipótese inicialmente formulada e tentar desenhar uma resposta adequada para o problema de pesquisa proposto.

2 QUESTÕES PRELIMINARES

O primeiro capítulo deste trabalho pretende abordar questões preliminares e essenciais para a compreensão do tema da aplicação do direito humanitário no âmbito da Corte IDH. As origens do DIH e DIDH dizem muito sobre como esses dois regimes se relacionam e coexistem no atual sistema de DIP. Compreender, portanto, os principais elementos que compõem cada um desses regimes é central para a discussão sobre a *sui generis* aplicação do direito da guerra por uma jurisdição criada para implementar exclusivamente normas de direitos humanos.

Com o intuito de introduzir os temas acima mencionados, este capítulo subdivide-se em três seções. A primeira seção foca-se em DIH e traz as origens deste regime, bem como uma breve contextualização sobre seus principais instrumentos e mecanismos de implementação. A segunda seção aborda os mesmos elementos da anterior, mas agora em relação às normas de DIDH. A ideia de apresentar uma síntese de cada um dos regimes visa desenhar um fundamento comum sobre o qual se discutirá adiante a relação entre ambos e onde se interseccionam. Essas duas primeiras seções pretendem demonstrar que DIH e DIDH, de alguma forma, possuem uma origem comum e compartilham instrumentos de proteção. A partir dessa base compartilhada, a terceira seção irá construir linhas gerais sobre a relação específica entre direito humanitário e direitos humanos, com enfoque na interseção entre ambos e na teoria do DIH como *lex specialis*. Essa seção traz ainda ao final, como conteúdo de transição para o segundo capítulo, alguns comentários sobre o atual entendimento da literatura acerca da possibilidade de aplicação de DIH em tribunais de direitos humanos.

2.1 Direito Internacional Humanitário

O principal regime de direito internacional que se aplica em tempo de conflitos armados é o Direito Internacional Humanitário, também conhecido como *jus in bello*. Este confere direitos e impõe deveres não apenas aos Estados beligerantes, mas também aos seres humanos (DINSTEN, 2003). O DIH busca, portanto, balancear a violência inerente a um conflito armado com regras de humanidade. Seus objetivos centrais são a proteção da população civil em face da devastação causada pela guerra e a limitação dos meios e métodos de combate (SIVAKUMARAN, 2014). Nesta seção, será feita breve contextualização acerca desse corpo jurídico, destacando suas origens, principais instrumentos e mecanismos de implementação.

2.1.1 Antecedentes Históricos

O Direito Internacional Humanitário congrega ideias que existem desde o século XIV, quando Sun Tzu publicou *The Art of War*, obra que já trazia limitações à forma como a guerra era conduzida. No entanto, hoje é amplamente reconhecido que o surgimento do DIH moderno se deu com a publicação, em 1862, do livro *A Memory of Solferino*, escrito pelo empresário suíço Henry Dunant. A obra é resultado da experiência de Dunant no pós-Batalha de Solferino¹⁴, onde ele trabalhou junto com moradores locais para fornecer assistência a milhares de feridos sem atendimento médico deixados no campo de batalha. O livro de Durant levou à criação do que hoje se conhece como Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), organização dedicada a prover assistência humanitária a vítimas de conflitos armados (DUNOFF, RATNER e WIPPMAN, 2006).

Em 1863, o CICV organizou conferência internacional em Genebra, Suíça, com objetivo de discutir formas de melhorar a provisão de serviços médicos a militares. No ano seguinte, em 1864, foi acordada a Convenção de Genebra sobre a Melhoria das Condição dos Feridos em Exércitos em Campanha, um dos primeiros tratados em matéria de DIH. Desde então, o CICV tem desempenhado papel fundamental no desenvolvimento de rascunhos de convenções e na organização de conferências a fim de transformar tais rascunhos em tratados vinculantes. Além disso, a organização também fornece assistência neutra e independente às vítimas de guerra e violência interna (DUNOFF, RATNER e WIPPMAN, 2006).

Após o advento da Convenção de Genebra de 1864, Estados passaram a se reunir periodicamente em Genebra com o intuito de produzir subseqüentes tratados em matéria de direito humanitário. Esses tratados lidaram com questões específicas, como, por exemplo, o uso de gases tóxicos ou asfixiantes¹⁵ (DUNOFF, RATNER e WIPPMAN, 2006). No entanto, com a ocorrência da Segunda Guerra Mundial, as atrocidades ocorridas exigiram uma resposta do DIH no sentido de estabelecer uma regulação mais universal que protegesse os indivíduos face à violência da guerra e impusesse limitações à condução das hostilidades.

No período pós-guerra, foram criados os Tribunais de Nuremberg e Tóquio com intuito de julgar os crimes de guerra ocorridos durante aquele período. O Tribunal de Nuremberg, formalmente denominado Tribunal Internacional Militar (TIM), foi estabelecido em 1945 pela Carta de Londres, assinada entre os Estados membros do bloco dos aliados: Estados Unidos,

¹⁴ A Batalha de Solferino foi um conflito entre tropas franco-italianas e austríacas em que aproximadamente 40.000 homens morreram (DUNOFF, RATNER e WIPPMAN, 2006).

¹⁵ Essa matéria foi regulada no Protocolo de Genebra de 1925 sobre Gases Tóxicos ou Asfixiantes, que será mencionado com mais detalhes na subseção seguinte.

União Soviética, Grã-Bretanha e França (MARTIN, SCHNABLY, *et al.*, 2006). Este documento estabeleceu que o tribunal teria jurisdição sobre crimes de guerra, crimes contra humanidade e crimes contra paz. O julgamento feito pelo TIM teve impacto imediato na comunidade internacional; a própria ONU reconheceu que da Carta do Tribunal de Nuremberg e dos julgamentos realizados saíram princípios do direito internacional, que foram posteriormente consolidados pela Comissão de Direito Internacional no Código de Ofensas contra a Paz e Segurança da Humanidade em 1950. Os julgamentos conduzidos pelo TIM tiveram grande contribuição no desenvolvimento do direito humanitário moderno, motivo pelo qual influenciaram diretamente a adoção da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (CPRCG) em 1948 e das Convenções de Genebra em 1949 (CGs) (CRAWFORD, 2012).

Historicamente, a regulação do DIH baseada em tratados tem sido dividida em duas categorias: “direito de Genebra” e “direito da Haia”. A primeira categoria refere-se a todas as convenções, geralmente adotadas em conferências ou reuniões em Genebra, que buscam, de forma geral, proteger grupos vulneráveis e vítimas de conflito armado. As mais importantes são as Convenções de Genebra de 1949; quatro tratados que lidam com específicas categorias de pessoas que não são ou deixaram de ser combatentes.¹⁶ O “direito da Haia”, por outro lado, regula principalmente meios e métodos de guerra e consiste basicamente em uma série de convenções adotadas nas Conferências da Paz da Haia nos anos de 1899 e 1907. A mais importante é a Convenção da Haia (IV) de 1907 sobre Guerra em Terra que, junto de seus anexos, fornece importante regulação sobre ocupação beligerante, que continua a ser aplicada até os dias de hoje. Os referidos anexos consolidaram-se como importante regulação de DIH, sendo denominado “Regulamentos da Haia sobre o Respeito às Leis e Costumes de Guerra em Terra, adotados”.¹⁷ (HENRIKSEN, 2017; DUNOFF, RATNER e WIPPMAN, 2006).

No início da década de 1970, no entanto, o direito humanitário falhava por ainda não ter regulamentado importantes questões, como, por exemplo, ataques indiscriminados a populações civis por meio de bombardeios aéreos e outros meios. Além disso, novas tecnologias aplicadas à guerra, a proliferação de conflitos armados internos e o instável posicionamento dos Estados para com as guerras de libertação nacional eram tópicos que não

¹⁶ As CGs e seus Protocolos Adicionais serão tratados com maior profundidade na subseção 2.1.2. O texto dos tratados na íntegra (em inglês), está disponível no seguinte endereço: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>.

¹⁷ A Convenção da Haia (IV) e seus anexos (Regulamentos sobre Leis e Costumes de Guerra), bem como as demais Convenções da Haia adotadas em 1899 e 1907, estão disponíveis no seguinte endereço: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>.

havia sido considerados na adoção das CGs em 1949 (DUNOFF, RATNER e WIPPMAN, 2006). Por este motivo, em 1977, foram adotados dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra (PAs), que regulam a proteção de vítimas em conflitos armados tanto de caráter internacional (PA I) como não-internacional (PA II). Considerando que os PAs abrangem não apenas a proteção de indivíduos, mas também meios e métodos de guerra legais, diz-se que eles trouxeram ao fim a distinção conceitual que se fazia entre “direito de Genebra” e “direito da Haia” (HENRIKSEN, 2017).

Já na década de 1990, o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) estabeleceu o Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia (TPII) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)¹⁸, ambos *ad hoc*, sob o propósito de esses processarem indivíduos responsáveis por graves violações de Direito Internacional Humanitário (CRAWFORD, 2012). Tais tribunais contribuíram significativamente para o desenvolvimento do DIH, especialmente o TPII no que diz respeito à aplicação de normas costumeiras de direito humanitário a situações de conflito armado de caráter não-internacional. Mais recentemente, foi estabelecido o Tribunal Penal Internacional (TPI) com a entrada em vigor do Estatuto de Roma no ano de 2002. Este definiu que a jurisdição do tribunal se limita aos mais graves crimes de interesse da comunidade internacional como um todo, isto é, genocídio, crimes de guerra, crimes contra humanidade e crimes de agressão (Artigos 6º, 7º, 8º e 8ºbis do Estatuto de Roma, respectivamente). Atualmente, o TPI também representa importante fórum de desenvolvimento do direito do conflito armado¹⁹.

Desde então, outras convenções com finalidades mais específicas - as quais serão tratadas na subseção seguinte - têm sido adotadas, tanto no sistema ONU quanto por meio da mediação imparcial e neutra do CICV. Autores como Dunoff, Ratner e Wippman (2006) argumentam que, apesar do progresso substancial no desenvolvimento e codificação do DIH nas últimas décadas, o regime permanece incompleto e, em muitos aspectos, mal definido; motivo pelo qual o DIH continua sendo violado com regularidade. Apesar disso, é sabido que importantes temas de direito humanitário permanecem em debate, bem como novos

¹⁸ O TPII e TPIR foram criados por resoluções do CSNU. A Resolução 827, adotada em 25 de maio de 1993 pelo CSNU, determinou a criação do TPII. O texto do documento está disponível (em inglês) na íntegra em: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf. O TPIR, por sua vez, foi criado no ano seguinte pela Resolução 955, aprovada pelo CSNU em 8 de novembro de 1994. Esta resolução está disponível (em inglês) na íntegra em: <http://unscr.com/en/resolutions/doc/955>.

¹⁹ O TPI como mecanismo de repressão de violações de DIH e responsabilização de indivíduos por crimes de guerra será tratado com mais detalhes na subseção seguinte.

instrumentos estão sendo desenvolvidos, como, por exemplo, o recente Tratado sobre a Proibição de Armas Nucleares, aprovado em 2017²⁰.

Em suma, a proteção humanitária destina-se, em caso de guerra, a militares postos fora de combate (feridos, doentes, náufragos, prisioneiros) e populações civis. Ao se referir a situações de extrema gravidade, o DIH impõe a regulamentação jurídica do emprego da violência no âmbito internacional. O DIH foi a primeira expressão de que existem limites à liberdade e à autonomia dos Estados no plano internacional, ainda que nos casos de conflito armado (PIOVESAN, 2016). A seguir, serão apresentados os principais instrumentos, conceitos, regras, princípios e mecanismos de implementação do DIH.

2.1.2 Principais Instrumentos e Mecanismos de Implementação

O DIH é composto por tratados e direito internacional costumeiro. Tem como instrumentos básicos, no tocante aos tratados, as Convenções da Haia de 1899 e 1907, as quatro Convenções de Genebra de 1949 (que hoje já são reconhecidas como tendo “ratificação universal”²¹) e seus dois Protocolos Adicionais de 1977²². As CGs e os PAs, em particular, são instrumentos que cobrem uma gama de problemas decorrentes da guerra terrestre, marítima e aérea, o que inclui proteção de combatentes feridos, prisioneiros de guerra, população civil e objetos civis, assim como equipes e construções de caráter médico e religioso. Tais elementos demonstram como esses instrumentos constituem a principal regulação contemporânea de DIH, isto é, de como a guerra deve ser conduzida (ALSTON e GOODMAN, 2013).

Conforme já mencionado na subseção anterior, as CGs buscam proteger grupos vulneráveis e vítimas do conflito armado. São, ao todo, quatro convenções que abrangem os seguintes temas: condição dos feridos e enfermos das forças armadas em campanha (CG I); condição dos feridos, enfermos e náufragos membros das forças armadas no mar (CG II); tratamento dos prisioneiros de guerra (CG III); e proteção dos civis em tempo de guerra (CG IV). Em teoria, o escopo de aplicação dos artigos dessas convenções limita-se aos Conflitos Armados de caráter Internacional (CAIs)²³, porém padrões mínimos de proteção são também estendidos às vítimas de Conflitos Armados de caráter Não-Internacional (CANIs)²⁴ por meio

²⁰ O texto do tratado, que ainda não se encontra em vigor, está disponível (em inglês) no seguinte endereço: <https://undocs.org/A/CONF.229/2017/8>.

²¹ Tradução livre para o termo *universal ratification* utilizado por Alston e Goodman (2013, p. 70) em sua obra. A expressão significa que atualmente quase todos os Estados do globo são parte das CGs, o que faz com que esses instrumentos sejam “universalmente ratificados”. Contam atualmente com 196 Estados-partes e são, portanto, os tratados com o maior número de ratificações do mundo (CICV, 2019; HENRIKSEN, 2017).

²² Atualmente, o PA I conta hoje com 174 Estados-parte e o PA II com 168 (CICV, 2019, p. 628)

²³ Aqui, serão também referidos como “Conflitos Armados Internacionais” (CAIs).

²⁴ Neste trabalho, serão referidos também como “Conflitos Armados não-Internacionais” (CANIs).

da inclusão do Art. 3º Comum, presente com igual redação em cada uma das quatro convenções.²⁵ Ao estender certa margem de proteção aos CANIs, esse dispositivo passou a ser uma das contribuições mais significativas das CGs (HENRIKSEN, 2017). Segue sua redação na íntegra:

No caso de **conflito armado sem caráter internacional** e que surja no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada uma das Partes em luta será obrigada a aplicar pelo menos, as seguintes disposições:

1) As pessoas que não participem diretamente das hostilidades, inclusive os membros de forças armadas que tiverem deposto as armas e as pessoas que tiverem ficado fora de combate por enfermidade, ferimento, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em qualquer circunstância, tratadas com humanidade sem distinção alguma de caráter desfavorável baseada em raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento, ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.

Para esse fim estão e ficam proibidos, em qualquer momento e lugar, com respeito às pessoas mencionadas acima: a) os atentados à vida e à integridade corporal, notadamente o homicídio sob qualquer de suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, as torturas e suplícios; b) a detenção de reféns; c) os atentados à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes; d) as condenações pronunciadas e as execuções efetuadas e sem julgamento prévio proferido por tribunal regularmente constituído, que conceda garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e enfermos serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, tal como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às Partes em luta.

As partes em luta esforçar-se-ão, por outro lado, para pôr em vigor, por meio de acordos especiais, o todo ou partes das demais disposições da presente Convenção.

A aplicação das disposições precedentes não terá efeito sobre o estatuto jurídico das Partes em luta (MPSP, 1949, online, grifo nosso).

Os Protocolos Adicionais de 1977 às quatro Convenções de Genebra, conforme já referido anteriormente, abrangem tanto questões relativas à proteção de indivíduos em conflitos armados quanto meios e métodos de guerra. São dois os PAs: Protocolo Adicional relativo à Proteção de Vítimas em Conflitos Armados Internacionais (PA I); e Protocolo Adicional relativo à Proteção de Vítimas em Conflitos Armados Não-Internacionais (PA II) (HENRIKSEN, 2017). Atualmente, há também um terceiro Protocolo Adicional (PA III),

²⁵ Os Conflitos Armados de caráter Internacional são aqueles em que geralmente há dois ou mais Estados em conflito. Os Conflitos Armados de caráter não-Internacional, por sua vez, são aqueles em que há conflito entre o Estado e um grupo armado não-estatal ou entre dois ou mais grupos armados (SIVAKUMARAN, 2014). Essa distinção será melhor desenvolvida mais adiante ainda nesta subseção.

estabelecido em 2005, cujo objetivo é introduzir um emblema distintivo adicional: o cristal vermelho²⁶ (CICV, 2014).

Em relação ao direito costumeiro, hoje já se considera que grande parte das normas previstas nos principais tratados de DIH são costume internacional (especialmente Convenções da Haia, CGs e PA I). Essas normas aplicam-se quase que integralmente aos CAIs; no entanto, ainda é muito debatido se tais normas também são consideradas direito costumeiro para CANIs. Esta é a razão pela qual ainda há poucas disposições previstas no PA II – instrumento que outorga normas aplicáveis aos CANIs – que podem ser consideradas costume internacional. Isto se deve principalmente ao fato de que os Estados tratavam e, até certo ponto, continuam a tratar CANIs como assunto que concerne apenas à esfera doméstica (SIVAKUMARAN, 2014). Em 1996, o CICV, nesse sentido, começou a desenvolver importante base de dados sobre Direito Internacional Humanitário Costumeiro (DIHC)²⁷ em que foram identificadas 161 regras que constituem o núcleo comum do direito humanitário vinculante a todas as partes envolvidas em qualquer conflito armado. Tais regras reforçam a proteção jurídica das vítimas de guerra ao redor do mundo. Atualmente, essas regras já são amplamente difundidas e aceitas internacionalmente, sendo frequentemente mencionadas por experts da área e utilizadas na prática dos tribunais internacionais e domésticos.²⁸ O CICV (2010) destaca que a base de dados é especialmente relevante na atualidade por duas razões: primeiro, ainda que os Estados não tenham ratificado determinado tratado de DIH, estão vinculados ao Direito Internacional Humanitário Costumeiro correspondente; segundo, o direito dos tratados em DIH que regula CANIs é deficiente²⁹.

²⁶ Os emblemas foram criados para facilitar a proteção daqueles que não participam ou não estão mais participando das hostilidades. O DIH estabelece uma série de emblemas distintivos de fácil reconhecimento com o objetivo de identificar e proteger objetos e indivíduos que recebem assistência humanitária e cuidados médicos. Tais emblemas são atualmente a cruz vermelha, o crescente vermelho e o cristal vermelho (sendo este último para os Estados que ratificaram o PA III). Os emblemas podem ser usados, em tempos de guerra, para identificar indivíduos protegidos, locais e objetos, como, por exemplo, unidades médicas e serviços religiosos. Em tempos de paz ou de guerra, podem ser utilizados para identificar pessoas e objetos relacionados ao Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho (CICV, 2014).

²⁷ O direito internacional tem como fontes tanto o direito dos tratados quanto as regras estabelecidas pelo direito internacional costumeiro. O primeiro diz respeito às convenções escritas em que os Estados estabelecem formalmente determinadas regras. O segundo, por outro lado, não é escrito e deriva de uma “prática geral aceita como direito”. Isto significa que, para provar a existência de uma norma costumeira, é necessário demonstrar que essa reflete uma prática estatal e que a comunidade internacional aceita tal prática como uma regra jurídica (CICV, 2010, online).

²⁸ A base de dados do CICV em Direito Internacional Humanitário costumeiro está disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>.

²⁹ O CICV (2010) destaca que o regime jurídico que rege conflitos armados internos é mais detalhado no direito internacional costumeiro do que no direito dos tratados. Considerando que na atualidade a maioria dos conflitos armados são de caráter não-internacional, o DIHC adquire particular importância.

Há também outros importantes instrumentos que proíbem o uso de certas armas e táticas militares, bem como protegem determinadas categorias de pessoas e objetos em relação aos efeitos das hostilidades (CICV, 2014). Entre esses, pode-se mencionar: Protocolo de Genebra sobre Proibição do Emprego na Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos ou similares e de Meios Bacteriológicos de Guerra (1925); Convenção da Haia para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (1954)³⁰ e seus dois Protocolos Adicionais (1954 e 1999); Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção e Armazenamento das Armas Bacteriológicas (Biológicas) e à Base de Toxinas e sua Destruição (1972); Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Certas Armas Convencionais, que podem ser consideradas como Excessivamente Lesivas ou Geradoras de Efeitos Indiscriminados (1980); Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Armazenamento e Uso de Armas Químicas e sua Destruição (1993); e Convenção de Ottawa sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição (1997) (CICV, 2014; HENRIKSEN, 2017). Estas são apenas algumas das convenções que regulam importantes áreas do direito do conflito armado; ainda há outras que desempenham papel fundamental nessa regulação.³¹

É importante ressaltar novamente que esses instrumentos de DIH aplicam-se apenas a situações de conflito armado.³² Portanto, não abrangem tensões ou distúrbios internos, tais como atos isolados de violência que não atinjam o limiar de um conflito armado. Nessa aplicação, o direito humanitário faz a distinção, conforme já destacado neste trabalho, entre CAIs e CANIs. Os CAIs referem-se a àquelas situações em que um ou mais Estados recorrem ao uso de forças armadas em um conflito contra outro Estado. Neste contexto, estão incluídas guerras de libertação nacional, sob certas condições, e situações de ocupação militar. CAIs são regidos principalmente pelas quatro CGs e pelo PA I. CANIs, por sua vez, são restritos ao território de um determinado Estado e dizem respeito ao conflito entre forças armadas governamentais e um ou mais grupos armados não-estatais ou entre dois ou mais desses grupos armados (CICV; SIVAKUMARAN, 2014). As normas aplicáveis aos CANIs possuem escopo mais limitado quando comparadas àquelas que regem CAIs. Em geral, CANIs são regidos pelo Art. 3º comum às CGs e pelo PA II. No entanto, como já fora mencionado, o direito costumeiro expande a proteção garantida por certas regras a todos os tipos de conflitos armados, incluindo

³⁰ Doravante “Convenção da Haia sobre Bens Culturais” ou “Convenção da Haia de 1954”.

³¹ Para a consulta de outras convenções em matéria de DIH, ver: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByDate.xsp>.

³² Dinstein (2003) comenta que o DIH deve ser implementado no curso de um conflito armado de qualquer tipo, e não apenas quando um “estado de guerra” (*state of war*) está em vigor.

CANIs. A distinção entre CAIs e CANIs, entretanto, não é sempre clara, já que recentemente conflitos têm surgido com elementos de ambos; motivo pelo qual o CICV recomenda uma abordagem casuística para decidir qual regime normativo deve ser aplicado no caso concreto (CICV, 2014).

As normas de direito humanitário protegem indivíduos que não participam ou não estão mais participando das hostilidades³³; assim como estabelece restrições aos meios (especialmente armas) e métodos de guerra, tais como táticas militares. Em relação à proteção de indivíduos, há uma série de categorias de pessoas que são protegidas pelas normas de DIH. Em referências às quatro CGs, há proteção para feridos e doentes em forças armadas em campanha; feridos, doentes e náufragos membros de forças armadas no mar; prisioneiros de guerra; e civis, incluindo aqueles em territórios ocupados. Esta última categoria, garantida pela CG IV, inclui também aqueles indivíduos capturados por uma parte do conflito da qual não são nacionais, tais como populações internamente deslocadas, mulheres, crianças, refugiados, apátridas e jornalistas. Proteção similar aplica-se aos CANIs em relação àqueles indivíduos que não participam ou não estão mais participando das hostilidades. Esses indivíduos devem ter sua vida, dignidade e integridade mental e física respeitadas; devem ser protegidos e tratados humanamente em todas as circunstâncias, sem distinção alguma. O DIH garante ainda proteção a certos objetos durante a condução das hostilidades, tais como bens culturais e peças de culto³⁴, bem como objetos indispensáveis à sobrevivência da população civil³⁵ (CICV, 2014).

No que tange às restrições impostas aos meios e métodos de guerra, o DIH proíbe, como regra geral, meios e métodos que causem danos supérfluos ou sofrimento desnecessário³⁶. Quanto aos meios, há tratados específicos, já mencionados anteriormente, banindo ou restringindo, por exemplo, o uso de balas explosivas, armas químicas e biológicas, armas laser que cegam, minas antipessoal, munições de fragmentação e armas incendiárias. O DIH também regulamenta questões relacionadas aos métodos – a condução das hostilidades. Isto é feito por meio de três princípios centrais: (i) princípio da distinção; (ii) princípio da proporcionalidade; e (iii) princípio da precaução. O (i) requer que as partes de um conflito armado façam a distinção, seja qual for a circunstância, entre civis e objetos civis, de um lado, e combatentes e objetivos militares, de outro. Esse princípio ainda estabelece que ataques não podem ser

³³ Entre esses indivíduos estão civis e pessoas *hors de combat*. Esta última é uma expressão francesa que significa “fora de combate” e faz referência principalmente aos militares que se abstêm de atos hostis em razão de doença, lesão, detenção ou outra causa (SIVAKUMARAN, 2014).

³⁴ Esta proteção encontra-se na Convenção da Haia sobre Bens Culturais, bem como nos Artigos 53 do PA I e 16 do PA II.

³⁵ Esses objetos estão protegidos nos termos dos Artigos 54 do PA I e 14 do PA II.

³⁶ Art. 35(2), PA I e Regras 70 e 71, DIHC.

direcionados à população civil ou a bens civis (portanto, só podem ser direcionados contra combatentes e objetivos militares),³⁷ proibindo ainda ataques indiscriminados³⁸. O (ii) dita que a perda accidental de vidas e bens civis ou lesões a civis não deve ser excessiva em relação à vantagem militar concreta e direta prevista.³⁹ O (iii), por fim, exige que todas as partes de um conflito armado tomem precauções específicas, tais como, ao conduzir um ataque, verificar se os alvos são objetivos militares ou dar à população civil um aviso eficaz antes de qualquer ataque.⁴⁰ Além disso, o DIH também proíbe meios e métodos de guerra que causem danos generalizados, duradouros e graves ao meio ambiente⁴¹ (CICV, 2014).

O DIH estabelece uma série de mecanismos que contribuem para uma efetiva implementação de suas normas (CICV, 2005). Esta é primeiramente uma responsabilidade dos Estados, que devem respeitar e garantir respeito às normas de DIH⁴². Estados devem adotar legislação e regulamentos destinados a garantir a plena observação do direito humanitário, assim como promulgar leis para punir as violações mais graves das CGs e seus PAs, isto é, violações que constituam crimes de guerra.⁴³ Estados devem ainda adotar a cruz vermelha, o crescente vermelho, o cristal vermelho e outros símbolos (CICV, 2014).

A nível internacional, os tratados de DIH também estabelecem mecanismos de *compliance* específicos. Os mais relevantes desses mecanismos são: possibilidade de recorrer a um procedimento de inquérito⁴⁴; o sistema de potências protetoras⁴⁵ e a Comissão Internacional para o Apuramento de Fatos (CIAF)⁴⁶. Além disso, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha

³⁷ Artigos 51 (2) e 52 (1), PA I; Art. 13(2), PA II; e Regras 1 e 7, DIHC.

³⁸ Art. 51(4), PA I e Regra 11, DIHC

³⁹ Art. 51(5)(b), PA I; e Regra 14, DIHC.

⁴⁰ Art. 57, PA I e Regras 15 a 24, DIHC.

⁴¹ Artigos 35(3) e 55, PA I.

⁴² Art. 1º Comum às quatro CGs.

⁴³ Artigos 49 e 50, CG I; 51 e 50, CG II; 129 e 130, CG III; 146 e 147, CG IV; 85 e 86, PA I. O DIH estabelece a obrigação de o Estados reprimirem e suprimirem todas as violações de direito humanitário cometidas. Algumas dessas violações, chamadas de “crimes de guerra”, são criminalizadas pelo próprio DIH. O conceito de “crimes de guerra” inclui, mas não se limita à, lista de violações contida nos dispositivos supramencionados, que ainda definem tais crimes como “graves violações” (SASSOLI, BOUVIER e QUINTIN, 2011).

⁴⁴ Artigos comuns 52, CG I; 53, CG II; 132, CG III; e 149, CG IV.

⁴⁵ Mecanismo previsto no Art. 8º das CGs I, II e III; Art. 9º da CG IV; e Art. 5º do PA I. Adotou-se aqui a expressão “potência protetora” como tradução do original “*protecting powers*”. Este mecanismo está disponível durante CAIs e consiste na indicação, por cada uma das partes do conflito, de Estados neutros que se tornam responsáveis por salvaguardar os interesses humanitários da parte que lhe indicou face aos interesses do Estado adversário no conflito. Esse sistema foi utilizado pela última vez durante o conflito sobre as Ilhas Malvinas em 1982 (MAX, 2019).

⁴⁶ Órgão instituído pelo Art. 90 do PA II às CGs. A CIAF foi formalmente estabelecida em 1991 e é competente para: (a) inquirir sobre as alegadas “graves violações” às CGs e aos PAs, bem como outras violações graves; e (b) utilizar seus “bons ofícios” (*good offices*) para facilitar o restabelecimento do respeito às normas de DIH. Os Estados devem aceitar a competência da CIAF para solicitar seus serviços e/ou serem submetidos a um inquérito perante o órgão. Seu trabalho permanece confidencial, a menos que acordado de forma contrária. A primeira missão da organização foi apenas conduzida em 2017 (MAX, 2019). Utiliza-se aqui o termo “Comissão Internacional para o Apuramento de Fatos” como tradução do original “*International Humanitarian Fact-Finding*”.

desempenha papel-chave garantindo o respeito das normas humanitárias (CICV, 2005; 2014). Esses mecanismos, no entanto, são vistos como tendo quase nenhuma significância prática (MAX, 2019), especialmente pelo fato de terem sido raramente utilizados.

Estados-partes do PA I também podem cooperar com a ONU com vistas a lidar com as graves violações das CGs e do Protocolo Adicional I (CICV, 2014). Ainda que o DIH tenha se desenvolvido fora do contexto da ONU, a organização tem desempenhado relevante papel na implementação desse direito. A ausência de previsão específica dispendo sobre a intervenção da ONU com o fim de aferir o cumprimento das normas humanitárias, portanto, não a impede de exortar a observância ou adotar medidas contra a inobservância do direito do conflito armado (GARCIA, 2015).

Por fim, é necessário comentar brevemente sobre a repressão de violações de DIH. Nesse sentido, os tribunais penais internacionais desempenham papel fundamental, conforme já destacado, sendo o TPI o principal deles atualmente.⁴⁷ O Tribunal tem jurisdição para processar indivíduos (e não Estados) que tenham praticado os crimes mais graves de interesse internacional, incluindo os já mencionados “crimes de guerra”⁴⁸. Em virtude do princípio da complementariedade, expresso no Art. 17 do Estatuto de Roma⁴⁹, a jurisdição do tribunal é exercida apenas quando o Estado não tiver capacidade ou vontade para processar alegados criminosos de guerra sobre os quais tem competência (CICV, 2014).

Buscou-se nesta seção fazer uma contextualização dos principais elementos que caracterizam o Direito Internacional Humanitário, incluindo seus instrumentos, principais

Commission”, conforme adotado pelo próprio CICV em seu site oficial: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndgb.htm#1>. Acesso em 23 nov. 2019.

⁴⁷ O TPI não é o único tribunal em que são julgadas violações de DIH; há outros *ad hoc* como TPII e TPIR, estabelecidos pelo CSNU, e os tribunais mistos (Camboja, Líbano, Serra Leoa e Timor-Leste), que são compostos de elementos domésticos e internacionais. No entanto, aqui se limitou a comentar sobre o TPI, pois este é o único com jurisdição “global” (isto é, não limitado territorialmente ou criado apenas por um certo período de tempo) e também porque tribunais como TPII e TPIR, apesar de muito importantes para o desenvolvimento do DIH, já não estão mais em atividade.

⁴⁸ O Estatuto de Roma, em seu Art. 8º, prevê uma extensa lista de crimes reconhecidos como “crimes de guerra” pelo TPI, sobre os quais o tribunal tem jurisdição. Esse dispositivo, em seu para. 2º, alínea a, menciona expressamente que “crimes de guerra” devem ser entendidos como “as violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949 [...]” (BRASIL, 2002, online).

⁴⁹ O princípio da complementariedade pode ser extraído especialmente do Art. 17(1): “Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se: a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, **salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer**; b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, **a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer**; c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 2; d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal [...]” (BRASIL, 2002, online, grifo nosso).

normas e princípios e mecanismos de implementação. Na seção seguinte, as mesmas ideias serão apresentadas, mas em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2.2 Direito Internacional dos Direitos Humanos

Nesta seção, serão apresentados os principais elementos que caracterizam o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este é um importante ramo do DIP que abrange uma gama significativa de instrumentos internacionais, tanto no âmbito da ONU como nos sistemas regionais de proteção. Estabelece normas que tem por objetivo garantir a proteção da pessoa humana no plano internacional, de forma a tornar o indivíduo sujeito de direitos e deveres no DIP. Em contraposição ao DIH, o direito dos direitos humanos aplica-se tanto em tempos de paz como de guerra e impõe obrigações aos Estados para que garantam a proteção de direitos humanos e liberdades civis em qualquer circunstância (VAN AGGELEN, 2005). Compreende os direitos que vieram a ser consagrados no plano internacional, principalmente no período pós-Segunda Guerra, mas que já haviam sido anteriormente reconhecidos no plano interno (especialmente os direitos civis e políticos). O DIDH, portanto, caracteriza-se como um ramo do direito internacional que se aplica normalmente a relações do cotidiano – diferentemente do DIH, que é voltado para situações excepcionais e de emergência pública – e que recentemente tem enfrentado processo de ampla expansão (CANÇADO TRINDADE, 2003). A seguir, será feita breve contextualização dos antecedentes históricos do DIDH, bem como de seus principais instrumentos jurídicos e mecanismos de implementação, tanto no sistema global quanto nos sistemas regionais.

2.2.1 Antecedentes Históricos

Conforme referido na introdução deste trabalho, o direito do conflito armado moderno, cujo início se deu ainda no século XIX, lançou as bases do atual Direito Internacional dos Direitos Humanos, formalmente consolidado a partir do fim da Segunda Guerra Mundial e com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). No entanto, já se observava em período anterior, por meio da Liga das Nações, um esforço no sentido de relativizar a soberania dos Estados com vistas a promover a cooperação, paz e segurança internacional. Para

tanto, a própria Convenção da Liga das Nações, de 1920, já continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos.⁵⁰

Ao lado do DIH e da Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada após a Primeira Guerra Mundial, também teve grande contribuição no processo de internacionalização dos direitos humanos, uma vez que nascera com o compromisso de assegurar e promover padrões internacionais justos e dignos de condições de trabalho. O advento dessas instituições registra o fim de uma era em que o direito internacional se limitava praticamente a regular relações entre Estados, no âmbito estritamente governamental. Assim, o Estado já não pôde mais ser considerado o único sujeito de DIP. Aos poucos, nascia a ideia de que o indivíduo não era apenas objeto, mas também sujeito de direito internacional (PIOVESAN, 2016).

No pós-guerra, conforme já mencionado anteriormente, foi criado o Tribunal Internacional Militar com o objetivo de responsabilizar os perpetradores dos crimes de guerra ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial. O tribunal reuniu diversas vertentes do direito internacional, o que resultou na criação de um regime de DIDH e DIH mais coerente. A jurisprudência do TIM, portanto, representou um divisor de águas no desenvolvimento conceitual e institucional do DIDH e DIH. Ainda que o TIM tenha representado um avanço na proteção internacional da pessoa humana, o tribunal focou essencialmente na responsabilização de indivíduos por crimes ocorridos no contexto de guerra, isto é, por violações do direito de guerra. No entanto, muitas atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra não eram abrangidas pelo direito de guerra, tais como a discriminação e assassinato massivo praticados contra judeus, população *Romani* e pessoas ligados ao comunismo, por exemplo (MARTIN, SCHNABLY, *et al.*, 2006). Diante disso, viu-se a necessidade de estabelecer um regime internacional que proibisse tais violações e responsabilizasse Estados em razão dessas. Assim, surgem os primeiros instrumentos internacionais que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos moderno.

⁵⁰ Como, por exemplo, o Art. 23: “Sujeitos às e em conformidade com as disposições das convenções internacionais existentes ou a serem acordadas, os membros da Liga: a) Empenhar-se-ão em assegurar e manter **condições de trabalho justas e humanas para homens, mulheres e crianças**, tanto nos seus próprios países como em todos os países aos quais se estendem as suas relações comerciais e industriais, e, para esse efeito, estabelecerá e manterá as organizações internacionais necessárias; [...]” (LIGA DAS NAÇÕES, 1924, tradução nossa, grifo nosso). Texto original: “*Subject to and in accordance with the provisions of international conventions existing or hereafter to be agreed upon, the Members of the League: (a) will endeavour to secure and maintain fair and humane conditions of labour for men, women, and children, both in their own countries and in all countries to which their commercial and industrial relations extend, and for that purpose will establish and maintain the necessary international organisations; [...]*”.

Uma característica essencial desse DIDH em ascensão era o seu propósito de diminuir a área de atuação de soberania do Estado, de forma que os direitos humanos deixassem de pertencer à jurisdição doméstica. Tal objetivo conduziu a criação de inúmeros mecanismos de proteção na ordem jurídica internacional, tanto a nível global como regional. Esses órgãos de proteção tendem a se fortalecer e, assim, ratificam a posição do ser humano como sujeito de direitos no DIP. O DIDH, portanto, surgiu no sentido de reconhecer a personalidade jurídica internacional da pessoa humana e, nesse sentido, criar mecanismos internacionais que garantam sua proteção; negar tal personalidade é “deturpar a existência de uma série de institutos da vida jurídica internacional” (MELLO, 2004, p. 808).

No contexto de criação dos instrumentos e mecanismos de proteção do DIDH moderno, são estabelecidas três organizações intergovernamentais importantes: Organização das Nações Unidas, em 1945; Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1948; e Conselho da Europa (CoE), em 1949. Todas promulgaram normas humanitárias e de direitos humanos, assim como adotaram tratados que estabeleceram mecanismos de proteção. A ONU foi a primeira a estabelecer textos que continham um corpo significativo de direitos substantivos, sendo os basilares: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966; e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), também de 1966 (MARTIN, SCHNABLY, *et al.*, 2006).

Posteriormente, uma série de outros instrumentos foram também adotados no âmbito do Sistema ONU, especialmente sobre genocídio, discriminação racial, mulheres, crianças, refugiados, vítimas de tortura e pessoas indígenas⁵¹. Recentemente, com o intuito de proteger a pessoa humana e punir crimes internacionais, a ONU estabeleceu o TPII e TPIR (ambos *ad hoc*), assim como o TPI, já referidos na subseção anterior.

No entanto, as organizações de cunho regional têm sido mais eficazes na proteção dos direitos humanos quando comparadas aos instrumentos de caráter global da ONU. Foram criadas em paralelo aos instrumentos do Sistema ONU e hoje constituem importantes fóruns de desenvolvimento do DIDH. Em 1950, o CoE adotou a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que criou a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH). A OEA adotou a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem (DADDH), em 1948, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em 1969, e estabeleceu a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No continente africano, a antiga

⁵¹ Esses instrumentos serão comentados com maior profundidade na subseção 2.2.2.

Organização da Unidade Africana criou a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, cujo mandato é fazer cumprir a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) (MARTIN, SCHNABLY, *et al.*, 2006). Esta, também conhecida como Carta de Banjul, foi assinada em 1981.

Apresentadas as origens do DIDH, resta claro que esse sistema internacional de proteção dos direitos humanos contém diferentes âmbitos de aplicação. É por isso que se diz que os instrumentos internacionais de direitos humanos manifestam-se em sistemas global e regional de proteção (PIOVESAN, 2016). Portanto, é evidente a existência no DIP de um regime jurídico estruturado e complexo de proteção dos direitos humanos, que garante direitos e estabelece mecanismos para implementação desses.

2.2.2 Principais Instrumentos e Mecanismos de Implementação

O corpo das normas de direitos humanos deriva da acumulação de uma série de convenções internacionais, sendo a DUDH o instrumento basilar. Essas convenções estão inseridas em quatro categorias: primeiro, os dois Pactos de 1966; segundo, as convenções regionais; terceiro, convenções que lidam com violações específicas, tais como genocídio, discriminação racial, tortura e desaparecimento forçado; e, quarto, convenções que se relacionam com categorias específicas de indivíduos, como, por exemplo, refugiados, mulheres, crianças, trabalhadores migrantes e pessoas com deficiência. Em suma, pode-se dizer que o DIDH envolve a interpretação e aplicação desses instrumentos e de outros tratados; e, subsidiariamente, questões substantivas de direito internacional costumeiro (CRAWFORD, 2012). Cada uma das quatro categorias supramencionadas será desenvolvida ao longo desta subseção.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representa o instrumento basilar do DIDH moderno (HENRIKSEN, 2017). A DUDH não é em si um tratado, pois foi aprovada como uma Resolução da Assembleia Geral da ONU (AGNU)⁵²; porém muitas de suas disposições refletem princípios gerais de direito ou regras de humanidade elementares. O documento, dessa forma, identificou um catálogo de direitos cuja proteção tornar-se-ia o objetivo final a ser buscado pelos subsquentes instrumentos internacionais de direitos humanos (CRAWFORD, 2012). Hoje já se considera, portanto, que grande parte dessas normas fazem parte do direito internacional costumeiro (PIOVESAN, 2016). Mello (2004), nesse sentido,

⁵² Resolução n° 217 A (III) da AGNU, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela aprovação de 48 Estados, com 8 abstenções (PIOVESAN, 2016).

destaca que, quando se fala que as normas da DUDH têm natureza costumeira ou de princípio geral de direito, a Declaração já se sobrepõe à própria constituição do Estado.

Ao longo dos anos, a ONU tem sido instrumental na preparação de uma série de instrumentos de direitos humanos, incluindo nove tratados de direitos humanos⁵³ de caráter universal abertos a assinatura a todos os Estados. Entre tais instrumentos, os mais importantes são o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), incluindo um Protocolo Adicional ao PIDCP (1966) sobre o recebimento e processamento, pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, de comunicações individuais alegando violações de qualquer direito previsto no Pacto. Nesse sentido, PIDCP e PIDESC são convenções gerais que lidam com uma ampla gama de direitos humanos (HENRIKSEN, 2017). Ao lado da DUDH, esses dois Pactos constituem a chamada “Carta Internacional de Direitos Humanos” (MARTIN, SCHNABLY, *et al.*, 2006).

A ONU também tem adotado diversas convenções de caráter universal que lidam com questões específicas de direitos humanos, sendo a primeira delas a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio⁵⁴, estabelecida em 1948. Foi o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos aprovado no âmbito da ONU e representou importante avanço não apenas para o DIH, mas também para a repressão, no plano internacional, de violações massivas de direitos humanos. A CPRCG estabeleceu que o genocídio é um crime que viola o direito internacional, o qual os Estados se comprometem a prevenir e punir (PIOVESAN, 2016). Outros importantes tratados que integram essa categoria são: Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD), de 1965; Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CAT), 1984; e Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados (CPED), de 2006 (HENRIKSEN, 2017).

Também há outras convenções da ONU que visam proteger certas categorias de indivíduos considerados vulneráveis, como: Convenção para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1979; Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC), de 1989; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e de suas Famílias (ICMW), de 1990; e Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRPD), de 2007. Nesta categoria, há também

⁵³ Esses tratados e seus protocolos adicionais, considerados instrumentos internacionais fundamentais de direitos humanos, podem ser acessados na íntegra (em inglês) no seguinte endereço: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>.

⁵⁴ O texto da CPRCG na íntegra (em português) está disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime_genocidio.pdf.

outros tratados de caráter universal em matéria de direitos humanos, estabelecidos no âmbito da ONU, como a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados⁵⁵ e a Convenção para redução dos casos de Apatridia⁵⁶, ambas de 1961 (HENRIKSEN, 2017).

No que tange aos mecanismos de implementação das normas de DIDH, esses são complexos e, diferentemente do DIH, incluem sistemas regionais. No âmbito da ONU, há dois sistemas paralelos, um estabelecido pela Carta da ONU e outro pelos tratados universais de direitos humanos. O primeiro compreende a Comissão de Direitos Humanos, estabelecida em 1946 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. Junto de suas Subcomissões, a Comissão desenvolveu um mecanismo de relatorias especiais e grupos de trabalho, cuja tarefa consistia em supervisionar e informar sobre problemas de direitos humanos, por país ou por tema. Em 2006, a Comissão foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, cujo mandato é promover e proteger direitos humanos ao redor do mundo. Foi criado como um órgão subsidiário da AGNU e estabeleceu um novo mecanismo de *compliance*: a Revisão Periódica Universal, por meio da qual a observância de todos os Estados às normas de direitos humanos é examinada pelo Conselho (CICV, 2005; HENRIKSEN, 2017).

O segundo sistema de implementação das normas de direitos humanos na ONU baseia-se nos tratados universais de direitos humanos – já mencionados nesta subseção. Esse sistema compreende comitês criados com o intuito de supervisionar o cumprimento das normas dos tratados pelos quais foram criados. Esses comitês são integrados por especialistas independentes, que são encarregados de supervisionar a aplicação desses tratados (CICV, 2005). O Comitê de Direitos Humanos, por exemplo, estabelecido em virtude do PIDCP, recebe e processa comunicações de indivíduos que tenham seus direitos no Pacto violados. Nos principais tratados de direitos humanos também há previsão de comitês de supervisão, quais sejam: CDESC (estabelecido pelo PIDESC), CERD (discriminação racial), CEDAW (mulheres), CAT (tortura), CRC (crianças), CMW (trabalhadores migrantes) CRPD (pessoas com deficiência) e CED (desaparecimento forçado).

O Escritório do Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos (EACDH) também desempenha um papel essencial na defesa e na promoção dos direitos humanos. Sua missão é melhorar a eficácia da maquinária de direitos humanos da ONU, bem como capacitar indivíduos

⁵⁵ O texto da convenção na íntegra (em português) encontra-se disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf.

⁵⁶ O texto deste tratado na íntegra, em português, encontra-se disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducacao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf.

e instituições para que promovam e protejam direitos humanos a nível nacional, regional e internacional. Além disso, o EACDH tem a função de difundir as informações e o conhecimento sobre os textos relacionados à proteção dos direitos humanos (CICV, 2005).

No âmbito regional, em referência ao que fora apresentado na subseção anterior, há também uma série de importantes instrumentos de direitos humanos. Na Europa, o CoE adotou em 1950 a CEDH, que representa o instrumento basilar do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos (SEDH). Este se encontra altamente desenvolvido e com uma forte e consolidada aplicação das normas da Convenção no continente europeu (HENRIKSEN, 2017). O principal órgão do SEDH é a Corte EDH, não apenas em razão do longo período de existência desta (desde 1959) e do elevado número de Estados-membros, mas também e principalmente em razão da extensa jurisprudência e da efetividade de seus mecanismos de implementação. A partir de 1998, com o advento do Protocolo nº 11, a jurisdição da Corte EDH tornou-se compulsória a todos os Estados-partes da CEDH e os indivíduos passaram a ter o direito de peticionar diretamente na Corte por violações da Convenção Europeia. Assim, aboliu-se a Comissão Europeia de Direitos Humanos, que antigamente atuava como órgão intermediário entre indivíduos e a Corte EDH. Esta, por sua vez, é amplamente reconhecida hoje como a corte constitucional da Europa (TOMUSCHAT, 2008).

O Sistema Africano de Direitos Humanos foi estabelecido em 1981, como advento da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, no âmbito da antiga Organização da Unidade Africana. A Carta de Banjul, de forma geral, contém direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais. Abrange também direitos “coletivos” (“direitos dos povos”), os quais incluem o direito de todos os povos à autodeterminação, à livre disposição de sua saúde e aos recursos naturais, direito à paz e segurança nacional e internacional, e o direito a um meio ambiente saudável. A CADHP cria ainda a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que tem por objetivo promover e garantir a proteção dos direitos reconhecidos na Carta, razão pela qual recebe petições de Estados, indivíduos e outras entidades com alegações sobre eventuais violações àquele instrumento. Em 1998, foi adotado protocolo à CADHP (com entrada em vigor em 2004) estabelecendo a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, cujo mandato destina-se a receber petições e julgar casos trazidos pela Comissão Africana, mas também por Estados, indivíduos e ONGs (TOMUSCHAT, 2008; HENRIKSEN, 2017). Isto significa que indivíduos e ONGs podem peticionar diretamente na Corte Africana, não necessitando do intermédio da Comissão para tanto. Sendo assim, Comissão Africana não perde suas funções e permanece atuando nos termos da CADHP.

Considerando o foco do estudo de caso desta monografia ser o Sistema Interamericano, especialmente a Corte IDH, optou-se por tratar do tema com mais profundidade em uma subseção separada. A seguir, apresentar-se-á a estrutura do SIDH, destacando suas origens, instrumentos e a função de seus órgãos.

2.2.2.1 Sistema Interamericano de Direitos Humanos

No âmbito dos mecanismos regionais de proteção aos direitos humanos, é importante tecer alguns comentários sobre o SIDH, o principal fórum de implementação de normas internacionais de direitos humanos nas Américas. Considerando que este trabalho tem como estudo de caso a prática da Corte IDH, órgão que compõe o SIDH, é essencial compreender, em um primeiro momento, a estrutura do sistema, principalmente os órgãos que o compõe e a competência de cada um deles.

Os antecedentes do Sistema Interamericano remontam a Conferência de Bogotá, realizada em 1948, onde foram assinadas a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH) e a Carta Interamericana de Garantias Sociais (que trata dos direitos do trabalhador) (MELLO, 2004). A DADDH é o primeiro instrumento internacional de Direitos Humanos de natureza geral, uma vez que sua adoção em 1948 antecede a própria DUDH. Apesar de não possuir status vinculante, a Corte IDH já reconheceu que a DADDH se aplica a todos os Estados-membro da OEA como mecanismo de interpretação oficial dos compromissos de direitos humanos contidos na Carta da organização⁵⁷ (ALSTON e GOODMAN, 2013).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também denominada Pacto de San José da Costa Rica), por sua vez, é adotada em 1969 e representa o instrumento de maior importância no SIDH. Os direitos consagrados na CADH e DADDH constituem regime jurídico essencial do Sistema Interamericano, tanto que a relação entre os dois documentos é comparada, de alguma forma, à relação existente entre a DUDH e aos PIDCP e PIDESC (ALSTON e GOODMAN, 2013), que formam a Carta Internacional de Direitos Humanos, conforme já referido anteriormente. Com o advento da CADH, são estabelecidas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgãos cuja prática (especialmente no que tange à aplicação de DIH) é objeto de estudo do presente trabalho.

⁵⁷ A referência aqui é à Carta da Organização dos Estados Americanos, estabelecida em 1948 na Nona Conferência Internacional Americana em Bogotá, Colômbia, onde também se adotou a DADDH. O texto integral, em português, da Carta da OEA pode ser acessado no seguinte endereço: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organizac%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm. Acesso em: nov. 2019.

A Convenção Americana, substancialmente, reconhece e assegura conjunto de direitos civis e políticos similares àqueles previstos no PIDCP (PIOVESAN, 2016). Dentre os direitos protegidos pela CADH, destacam-se: direito à personalidade jurídica (Art. 3º); direito à vida (Art. 4º); direito à integridade pessoal (Art. 5º); proibição da escravidão e da servidão (Art. 6º); direito à liberdade pessoal (Art. 7º); garantias judiciais, tais como o direito de ser ouvido por tribunal ou juiz competente, inocência até que se prove a culpa e o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor (Art. 8º); princípio da legalidade da lei penal e sua irretroatividade (Art. 9º); direito à compensação em caso de erro judiciário (Art. 10); direito à privacidade (Art. 11); direito de liberdade de consciência e religião (Art. 12); liberdade de pensamento e expressão (Art. 13); direito à resposta (Art. 14); liberdade de associação (Art. 16); proteção da família (Art. 17); direito ao nome (Art. 18); direito à nacionalidade (Art. 20); direito à propriedade privada (Art. 21); direito à liberdade de movimento e residência (Art. 22); direito de participar do governo (Art. 23); direito à igualdade perante a lei (Art. 24); e direito à proteção judicial (Art. 25) (OEA, 1969; MELLO, 2004; PIOVESAN, 2016).

A CADH não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico; apenas estipula que os Estados adotem medidas legislativas ou outras que se mostrem apropriadas para alcançar a plena realização, de forma progressiva, daqueles direitos, nos termos do Art. 26⁵⁸ da Convenção. Apenas em 1988 a Assembleia Geral da OEA adota o Protocolo de San Salvador, adicional à CADH no que diz respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2016). Dentre os direitos consagrados pelo Protocolo, destacam-se: direito ao trabalho (Art. 6º) e a justas condições de trabalho (Art. 7º); liberdade sindical (Art. 8º); direito à previdência social (Art. 9º); direito à saúde (Art. 10); direito ao meio ambiente (Art. 11); direito à alimentação (Art. 12); direito à educação (Art. 13); direitos culturais (Art. 14); direitos dos idosos (Art. 17); e direitos das pessoas portadoras de deficiência (Art. 18) (OEA, 1988).

Em relação aos órgãos do sistema, a CIDH foi criada em 1959, anteriormente à CADH, porém teve sua estrutura definida e regida pela Convenção de 1969. A Comissão é composta por sete membros eleitos a título pessoal pelo Conselho da OEA, tendo cada um deles mandato de 4 anos com a possibilidade de reeleição uma única vez. A competência da CIDH alcança todos

⁵⁸ Assim prevê o Art. 23 da CADH: “Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir **progressivamente** a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados” (OEA, 1969, online, grifo nosso).

os Estados-partes da CADH, em relação aos direitos humanos consagrados nessa; assim como todos os Estados-membros da OEA, em relação aos direitos reconhecidos pela DADDH. Com sede na cidade de Washington, capital dos Estados Unidos da América (EUA), o mandato da Comissão é o de promover a observância e a proteção dos direitos humanos no continente americano (PIOVESAN, 2016).

Nesse sentido, a CIDH atua fazendo recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção dos direitos consagrados nos tratados já mencionados, produzir estudos e relatórios que se façam necessários, bem como solicitar diretamente aos governos informações acerca das medidas adotadas por eles para efetivação dos direitos humanos no âmbito doméstico. A Comissão tem como uma de suas principais funções o recebimento e exame de denúncias de pessoas físicas ou jurídicas sobre violações da CADH cometidas por Estados-partes da Convenção (MELLO, 2004; PIOVESAN, 2016). Qualquer pessoa ou grupo de pessoas (indivíduo, grupos de indivíduos ou até mesmo organizações não-governamentais) pode submeter petição que contenha denúncias ou queixas sobre tais violações, nos termos do Art. 44⁵⁹ da CADH (OEA, 1969). Caso a CIDH entenda que o Estado é responsável pela violação alegada pelos peticionários, pode emitir recomendações ao Estado violador solicitando que este repare adequadamente as vítimas e adote medidas que impeçam futuras violações da mesma natureza. Após, caso o Estado falhe em implementar as recomendações propostas, e tendo sido a competência contenciosa da Corte IDH formalmente aceita por este mesmo Estado, a Comissão pode enviar o caso à Corte para que este obtenha um julgamento juridicamente vinculante às partes envolvidas (ALSTON e GOODMAN, 2013).

A Corte IDH, criada apenas com o advento da CADH, é um órgão exclusivamente judicial que emite decisões vinculantes em casos de violações de direitos humanos submetidas à sua apreciação pela CIDH. Esta é a função de caráter jurisdicional da Corte, referente à solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação e aplicação da CADH. A sentença proferida pela Corte é definitiva e inapelável (MELLO, 2004). Além da competência contenciosa, a Corte também é competente para emitir opiniões consultivas em relação à interpretação das disposições da CADH e de outros tratados concernentes à proteção de direitos humanos nos Estados Americanos; bem como outorgar medidas provisórias para a proteção de indivíduos em eminente perigo de terem seus direitos violados (ALSTON e GOODMAN, 2013; PIOVESAN, 2016).

⁵⁹ Redação do Art. 44 da CADH: “**Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida** em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte” (OEA, 1969, online, grifo nosso).

De forma geral, pode-se dizer que o SIDH é bastante peculiar quando comparado aos demais sistemas regionais, especialmente ao europeu. As questões abordadas pelos órgãos do Sistema Interamericano são bem diferentes daquelas abordadas pela CEDH; as pautas do SIDH incluem desaparecimentos, assassinatos, pena de morte e leis de anistia, por exemplo. Tais questões têm sido pauta na CIDH desde os anos 1970 e na Corte IDH desde a década de 1980. Ao longo do tempo, o SIDH, apesar de seu orçamento limitado, tem evoluído e se engajado em diversas atividades (ALSTON e GOODMAN, 2013), que incluem, além da apuração dos fatos e recomendações feitas aos Estados nos casos trazidos via petições individuais, o monitoramento da situação dos direitos humanos na América através dos relatórios de país. É exatamente nesse contexto que se deve conceber a discussão sobre a aplicação do DIH no Sistema Interamericano, uma vez que este tem evoluído e expandido seu escopo de atividades a ponto de colocar em pauta questões como essa.

Apresentadas as bases históricas e os principais elementos que caracterizam o DIH e DIDH, faz-se necessário comentar sobre a relação existente entre as normas desses dois corpos jurídicos, destacando a convergência entre ambos com vistas à proteção da pessoa humana. Esta é essencial para que se introduza, ao final, a discussão acerca da possível aplicação de normas de DIH em tribunais de direitos humanos, tal como a Corte IDH.

2.3 Relacionando Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos

Esta seção busca delinear a relação específica entre DIH e DIDH e a forma como ambos coexistem e se interseccionam em um mesmo sistema de DIP; destacando as teorias que buscam responder qual dos regimes deve ser aplicado quando instaurada situação de guerra, em especial a teoria da *lex specialis*⁶⁰. Essas teorias constituem o fundamento teórico no qual os autores se baseiam para defender, ou não, a possibilidade de aplicar direito humanitário em tribunais de direitos humanos, conforme será demonstrado na subseção 2.3.3.

Em linhas gerais DIH e DIDH, conforme já mencionado anteriormente, buscam proteger a vida, a saúde e a dignidade dos indivíduos, ainda que sob ângulos distintos. A essência de algumas das suas regras é bastante similar, se não idênticas, mesmo que estejam formuladas de formas bem diferentes. Por um lado, convergem no objetivo de proteger o ser humano, proibir

⁶⁰ Nesta primeira parte da seção 2.3, serão feitas algumas referências à teoria da *lex specialis*, porém apenas com o objetivo de contextualizar essa na relação entre as normas de DIH e DIDH – tópico desta introdução à seção. No entanto, o intuito aqui não é se aprofundar nessa teoria, pois isto será feito adiante na subseção 2.3.2.

tortura ou qualquer tipo de tratamento cruel, prescrever direitos básicos para indivíduos que se sujeitam a um processo criminal, proibir discriminação, estabelecer regras de proteção de mulheres e crianças, bem como regular aspectos relacionados ao direito à alimentação e à saúde. Por outro lado, lidam com questões totalmente distintas. Enquanto o DIH regulamenta a condução das hostilidades, o status de combatentes e prisioneiros de guerra e a proteção dos emblemas da cruz vermelha e crescente vermelho; o DIDH abrange aspectos da vida em tempos de paz que não são regulados pelo direito do conflito armado, tais como a liberdade de imprensa, o direito à reunião, o direito a voto e à greve (CICV, 2003).⁶¹

Essas são as diferenças que, em uma situação de conflito armado, tornam a relação entre os dois regimes problemática.⁶² Na maioria das situações, quando direito humanitário e direitos humanos convergem para a proteção da dignidade humana, a aplicação simultânea dos dois regimes não parece ser um problema (HENRIKSEN, 2017). No entanto, vale a ressalva: a aplicabilidade continuada de normas de direitos humanos em situações de conflitos armados, sim, beneficia o regime de direito humanitário (quando ambos regimes convergem para a proteção); mas também cria dificuldades para este, especialmente no tocante à falta de clareza para identificar a exata relação que existe entre DIH e DIDH (SIVAKUMARAN, 2014). Ambos aspectos serão desenvolvidos ao longo desta seção.

O primeiro reconhecimento formal da aplicação do direito dos direitos humanos em conflitos armados data de 1968, com a Conferência Internacional sobre Direitos Humanos⁶³, realizada no Teerã, onde se chamou atenção, pela primeira vez, para a importância do respeito aos direitos humanos em conflitos armados. Esta conferência foi responsável por impulsionar uma série de resoluções da AGNU intituladas “Respeito por Direitos Humanos em Conflitos Armados”⁶⁴, que representaram um prelúdio à adoção dos Protocolos Adicionais às

⁶¹ Outra importante diferença entre DIDH e DIH é o fato de o primeiro ter também como propósito garantir ao indivíduo a possibilidade de que este se desenvolva como pessoa e de o segundo ser fundamentalmente uma normativa de proteção. Enquanto DIDH foca em um direito “promocional” da pessoa humana, possibilitando que esta logre seus objetivos sociais, tanto econômicos, culturais ou pessoais; o DIH trata-se de um direito de exceção, cuja finalidade suprema é possibilitar a um ser humano amparar-se nesse regime jurídico contra as ameaças do conflito armado ou outras situações de violência. DIH, portanto, é um sistema que tende a preservar a pessoa humana, mais do que lhe proporcionar condições para viver melhor (SWINARSKI, 1991).

⁶² A problemática sobre qual dos regimes deve ser aplicado em situações de conflito armado, DIH ou DIDH, bem como as teorias que tentam solucionar esse problema, como a da *lex specialis*, serão melhor desenvolvidas na seção 2.3.2.

⁶³ Foi uma conferência realizada no Teerã, capital do Irã, do dia 22 de abril a 13 de maio de 1968, em comemoração aos vinte anos da DUDH. Na ocasião, adotou-se a Proclamação do Teerã, que, entre outros assuntos, chamou atenção para a importância de se respeitar os direitos humanos em situações de conflito armado. O texto do documento está disponível em: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf. Acesso em: 26 nov. 2019.

⁶⁴ Tradução livre para “*Respect for Human Rights in Armed Conflicts*”. O primeiro desses documentos foi a Resolução 2444 (XXIII) da AGNU, de 19 de dezembro de 1968, disponível em: <https://ihl->

Convenções de Genebra, em 1977. Nesse sentido, os principais instrumentos de DIH têm indicado a aplicabilidade de normas de direitos humanos a situações de conflito armado. A referência mais direta parece ser o Art. 3º Comum das CGs, que regula atos ocorridos em conflitos armados de caráter não-internacional. Esse dispositivo reflete um conjunto de regras de humanidade essenciais, consideradas válidas por todas as nações. O PA I também destaca a relação entre DIH e DIDH quando delimita o escopo de aplicação de seus artigos, nos termos do Art. 72⁶⁵; assim como o PA II, que, em seu preâmbulo⁶⁶, faz referência às normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Considera-se que os PAs, em particular, representaram uma significativa mudança em direção à convergência de normas de direitos humanos e de direito humanitário (ALSTON e GOODMAN, 2013). Isto se explica no fato de alguns autores da atualidade, como Garcia (2015), referirem-se à função do DIH como regular direitos humanos durante conflitos armados.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos também destacam a relação de suas normas com o DIH. Em 1989, a Convenção sobre o Direito das Crianças previu que os Estados adotassem medidas para proteger crianças vítimas de conflitos armados.⁶⁷ Tratados estabelecidos mais recentemente também continuam a destacar a interconexão existente entre DIH e DIDH. Alguns exemplos são: a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adotada em 2006, que estabelece restrições às “atividades militares” nas terras e em territórios de povos indígenas⁶⁸ (ACNUR, 2008); e a CPED, também de 2006, que prevê que seus artigos não afetam disposições do DIH⁶⁹ (BRASIL, 2016).

databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=7F99C549B16DF20BC12563CD0051D3BC. Acesso em: 26 nov. 2019.

⁶⁵ Art. 72 do PA I: “As disposições desta Seção completam as normas relativas a proteção humanitária das pessoas civis e dos bens de caráter civil em poder de uma Parte em conflito, enunciadas na Quarta Convenção, em particular em seus Títulos I e III, **assim como as demais normas aplicáveis de Direito Internacional referentes à proteção dos direitos humanos fundamentais durante os conflitos armados de caráter internacional**” (MPSP, 1977, online, grifo nosso).

⁶⁶ O PA II, em seu preâmbulo, destaca: “[...] Lembrando igualmente que os **instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem** oferecem à pessoa humana uma proteção fundamental; [...]” (MPSP, 1977, online, grifo nosso).

⁶⁷ O Art. 39 da Convenção define: “Os Estados Partes devem adotar todas as medidas apropriadas para promover a **recuperação física e psicológica e a reintegração social de todas as crianças vítimas de:** qualquer forma de negligência, exploração ou abuso; tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou **conflitos armados**. A recuperação e a reintegração devem ocorrer em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança” (UNICEF, 1989, online, grifo nosso).

⁶⁸ O Art. 30 da Convenção assim estabelece: “1. Não se desenvolverão **atividades militares** nas terras ou territórios dos povos indígenas, a menos que essas atividades sejam justificadas por um interesse público pertinente ou livremente decididas com os povos indígenas interessados, ou por estes solicitadas. 2. Os Estados realizarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, por meio de procedimentos apropriados e, em particular, por intermédio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades **militares**” (ACNUR, 2008, online, grifo nosso).

⁶⁹ O Art. 43 da Convenção assim prevê: “A presente Convenção **não afeta as disposições de direito internacional humanitário**, incluindo as obrigações das Altas Partes Contratantes das quatro Convenções de Genebra de 12 de

Na busca de compreender e melhor definir a relação entre DIH e DIDH, os tribunais internacionais também se engajaram no sentido de oferecer importantes teses no tema. Em 1996, em sua Opinião Consultiva sobre a Legalidade da Ameaça ou do Uso das Armas Nucleares⁷⁰, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) se pronunciou no sentido de que, em tempos de guerra, algumas normas de direitos humanos continuam a ser aplicadas, já outras podem ser derogadas pois resta configurada situação de emergência nacional. Afirma ainda que a violação de um direito, como o direito a não ser arbitrariamente privado da própria vida, deve ser analisada pelo regime específico aplicável em situações de conflito armado (de acordo com a teoria da *lex specialis*). Portanto, ainda que esteja prevista em um instrumento de direitos humanos, a ocorrência da violação só poderia ser decidida em referência à lei aplicável aos conflitos armados e não deduzida do instrumento de direitos humanos em si (CIJ, 1996).⁷¹

Em 2004, na Opinião Consultiva sobre as Consequências Jurídicas da Construção de um Muro nos Territórios Palestinos Ocupados⁷², a CIJ também se pronunciou sobre a relação entre DIH e DIDH. A Corte ratificou a teoria da *lex specialis* e afirmou que, na relação entre esses dois regimes, há três situações possíveis:

[...] alguns direitos podem ser exclusivamente matéria de direito internacional humanitário; outros podem ser exclusivamente matéria de direito dos direitos humanos; outros ainda podem ser matéria de ambos os ramos do direito internacional. Para responder à questão que lhe é colocada, a Corte deverá ter em consideração tanto estes dois ramos do direito internacional, nomeadamente o direito dos direitos

agosto de 1949 e de seus dois Protocolos Adicionais de 8 de junho de 1977, nem a possibilidade que qualquer Estado Parte tem de autorizar o Comitê Internacional da Cruz Vermelha a visitar locais de detenção, em situações não previstas pelo direito internacional humanitário” (BRASIL, 2016, online, grifo nosso).

⁷⁰ Tradução livre do original “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”. Doravante *Nuclear Weapons*.

⁷¹ Este entendimento encontra-se no para. 25 da Opinião Consultiva: “A Corte observa que **a proteção do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos não cessa em tempos de guerra, exceto por força do Artigo 4º, nos termos do qual certas disposições podem ser derogadas em caso de emergência nacional**. O respeito pelo direito à vida não é, porém, uma disposição deste tipo. Em princípio, o direito a não ser arbitrariamente privado da própria vida aplica-se também às hostilidades. **O teste do que é uma privação arbitrária da vida, no entanto, deve ser determinado pela *lex specialis* aplicável, nomeadamente, a lei aplicável nos conflitos armados**, destinada a regular a condução das hostilidades. Assim, se uma perda particular de vidas, através do uso de uma determinada arma na guerra, deve ser considerada uma privação arbitrária de vidas, contrária ao Artigo 6º do Pacto, **só pode ser decidida por referência à lei aplicável no conflito armado e não deduzida dos termos do próprio Pacto**” (CIJ, 1996, p. 18, tradução nossa, grifo nosso). Texto original: “*The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself.*”

⁷² Tradução livre do original “*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*”. Doravante *Wall*.

humanos e, como *lex specialis*, o direito internacional humanitário (CIJ, 2004, p. 46, tradução nossa).⁷³

Em referência a esta decisão, a CIJ, em 2005, volta a comentar sobre o tema no Caso relativo a Atividades Armadas no Território do Congo (República Democrática do Congo v. Uganda)⁷⁴. Neste julgado, a Corte conclui que, em territórios ocupados, onde se considera existir um conflito armado, ambos, direito humanitário e direitos humanos, devem ser levados em consideração. Menciona ainda uma série de instrumentos, tanto de DIH quanto DIDH, que são simultaneamente aplicáveis ao caso, incluindo as CGs, os PAs, o PIDCP, a CRC e a CADHP. Por fim, a Corte concluiu que Uganda era internacionalmente responsável por violações de DIH e DIDH (CIJ, 2005, p. 79-81).

Tribunais criminais também contribuíram para delimitar o escopo da relação entre as normas de DIH e DIDH. No caso *Prosecutor v. Furundžija*⁷⁵, o TPII ressaltou que a essência de todo o corpo de DIH e DIDH baseia-se na proteção da dignidade da pessoa humana. Este é, portanto, o fundamento básico e a razão de ser de ambos regimes (TPII, 1998a, p. 72). Já no caso *Prosecutor v. Delalic et al.*,⁷⁶ o TPII concluiu que a definição de tortura contida na CAT, para efeitos do direito humanitário, inclui a definição de tortura da CADH, um instrumento originalmente de DIDH. Isto, segundo o Tribunal, reflete um consenso de que a proibição da tortura é parte do direito internacional costumeiro (HENRIKSEN, 2017; TPII, 1998b), tanto no DIH quanto DIDH. Em *Prosecutor v. Kunarac et al.*⁷⁷ (para. 467), o Tribunal reconheceu que, em certos aspectos, o Direito Internacional Humanitário parece fundir-se com o Direito Internacional dos Direitos Humanos:

Devido à escassez de precedentes no domínio do direito internacional humanitário, o Tribunal recorreu, em muitas ocasiões, a instrumentos e práticas desenvolvidos no domínio do direito dos direitos humanos. Por causa de **sua semelhança, em termos de objetivos, valores e terminologia**, tal recurso é geralmente uma assistência bem-vinda e necessária para determinar o conteúdo do direito internacional costumeiro no campo do direito humanitário. Em relação a alguns de seus aspectos, pode-se dizer que o **direito internacional humanitário se fundiu com o direito dos direitos humanos** (TPII, 2001, p. 158, tradução nossa, grifo nosso).⁷⁸

⁷³ Texto original: “[...] some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law.”

⁷⁴ Tradução livre do original “Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)”. Doravante *Armed Activities*.

⁷⁵ Doravante *Furundžija*.

⁷⁶ Doravante *Delalic*.

⁷⁷ Doravante *Kunarac*.

⁷⁸ Texto original: “Because of the paucity of precedent in the field of international humanitarian law, the Tribunal has, on many occasions, had recourse to instruments and practices developed in the field of human rights law.”

Com base nas ideias apresentadas, é possível fazer algumas considerações sobre a relação entre DIH e DIDH. A aplicação de normas de DIDH em tempos de conflito armado pode ter significância prática no que diz respeito à interpretação das regras de DIH, como se observa nos julgados supracitados. Resta claro, nesse sentido, que, quando da interpretação de disposições do DIH, referência pode ser feita a normas similares do DIDH (HENRIKSEN, 2017).

Henriksen (2017) menciona ainda que, em relação à aplicação de normas de direitos humanos em situações de guerra, é preciso ressaltar duas questões. Primeiro, a aplicação de normas de DIDH por meio do direito humanitário deve levar em consideração as especificidades deste último. Segundo, as regras contidas no DIDH podem diferir fundamentalmente daquelas presentes no DIH; o que se explica no fato de o direito humanitário permitir uma margem substancial para necessidade militar. Isto significa que, em certas situações, o regime de DIH tolera não apenas a morte de civis inocentes como resultado de uma análise justificável acerca dos danos colaterais envolvidos em um ataque, mas também privações de liberdade sem processo criminal por razões de segurança. Portanto, o autor conclui que as normas de DIH e DIDH, de forma geral, não podem ser conciliadas, motivo pelo qual deve ser dada prioridade à aplicação de uma delas em relação a outra. Esta é razão pela qual se desenvolve e aplica a teoria do DIH como *lex specialis*, conforme será tratado mais adiante na subseção 2.3.2.

Em relação aos conflitos armados de caráter não-internacional, também há questões que surgem no contexto da relação entre DIH e DIDH. Há autores, como Sivakumaran, que defendem que a lacuna no regime de tratados sobre CANIs em matéria de DIH deve ser preenchida pelo DIDH (HENRIKSEN *apud* SIVAKUMARAN, 2017). No entanto, o CICV discorda de tal posicionamento, pois entende que tal lacuna deve ser suprida pelo direito internacional costumeiro e pelos princípios derivados dos conflitos armados internacionais (CICV, 2014a).

Apresentados os principais aspectos que norteiam o tema da relação entre DIH e DIDH, as duas seções a seguir irão aprofundar alguns desses aspectos e especificar elementos dessa interação. Primeiro, serão feitos breves comentários sobre as normas que fazem parte da

Because of their resemblance, in terms of goals, values and terminology, such recourse is generally a welcome and needed assistance to determine the content of customary international law in the field of humanitarian law. With regard to certain of its aspects, international humanitarian law can be said to have fused with human rights law.”

intersecção entre os dois regimes; e, segundo, apresentar-se-á a teoria do DIH como *lex specialis*, bem como alguns desdobramentos pertinentes.

2.3.1 Intersecção entre Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos

Conforme já mencionado em seções anteriores, DIDH e DIH, apesar de possuírem origens distintas, convergem para a proteção da pessoa humana. Ainda que, em algumas circunstâncias, haja divergência entre o conteúdo das normas de cada um desses dois corpos jurídicos, há um “núcleo duro” de direitos compartilhado por ambos. Tais direitos devem ser respeitados indistintamente seja qual for a situação. Esse núcleo representa a exata intersecção entre direitos humanos e direito humanitário. Compreender o espaço de intersecção entre os dois regimes é essencial no objetivo deste trabalho de desenhar, ainda que minimamente, a forma como esses se inter-relacionam.

Os instrumentos jurídicos internacionais de direitos humanos contêm cláusulas que autorizam os Estados, frente a situações de emergência pública, suspender os direitos nelas previstos. No entanto, essa suspensão é excepcionada no caso de alguns direitos fundamentais previstos em cada um desses tratados, que devem ser respeitados em qualquer situação e a qualquer tempo (CICV, 2005).

Esses direitos são o que Mello (2004, p. 839) denomina “cláusulas pétreas das convenções de direitos humanos”. Segundo o autor, essas normas representam uma restrição à soberania mesmo nos momentos mais graves da vida estatal, uma vez que são aplicadas inclusive em períodos de exceção e perigo público grave. Por outro lado, as normas que podem ser suspensas em situações de caráter emergencial representariam uma concessão que o DIDH faz à soberania do Estado, sendo chamadas pelo autor de “cláusulas escapatórias”.

Não é possível, portanto, haver derrogação dos direitos que compõem esse “núcleo” dos direitos humanos (isto é, as “cláusulas pétreas”), seja qual for o tratado. Isto decorre do fato de os direitos humanos integrarem o *jus cogens* (ou “normas peremptórias”), isto é, normas imperativas da ordem jurídica internacional (MELLO, 2004). Sua existência foi formalmente reconhecida e positivada na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969:

Art. 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (***jus cogens***): É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, **uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo,**

como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza (BRASIL, 2009, online, grifo nosso).

Esse dispositivo exprime a ideia de que as normas peremptórias são regras de direito costumeiro que não podem ser afastadas por tratado ou aquiescência, mas apenas através da formação de uma regra costumeira subsequente de mesma natureza. Portanto, são disposições consideradas superiores às demais no regime de DIP. Historicamente, existiu controvérsia sobre quais normas comporiam essa categoria. Entre as menos controversas estão: a proibição do uso da força no Art. 4º(2) da Carta da ONU; proibição do genocídio, de crimes contra humanidade (incluindo formas sistemáticas de discriminação racial); e regras proibindo o tráfico de escravos (CRAWFORD, 2012). A CIJ também se pronunciou no tema quando, em 1970, no caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica v. Espanha), destacou a existência de obrigações para com a comunidade internacional como um todo (obrigações *erga omnes*⁷⁹) e forneceu uma breve lista do que seriam tais normas peremptórias:

[...] No entanto, estas obrigações não são nem absolutas nem não qualificadas. Em especial, deve ser estabelecida uma **distinção essencial entre as obrigações de um Estado para com a comunidade internacional como um todo e as que decorrem em relação a outro Estado** no campo da proteção diplomática. Pela sua própria natureza, as primeiras são da competência de todos os Estados. Tendo em conta a importância dos direitos em causa, pode considerar-se que **todos os Estados têm um interesse jurídico na sua proteção**; trata-se de obrigações *erga omnes*. [...] Tais obrigações derivam, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, da **proibição de atos de agressão e de genocídio, bem como dos princípios e regras relativos aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravidão e a discriminação racial**. Alguns dos correspondentes direitos de proteção adentram no corpo do direito internacional geral [...]; outros são conferidos por instrumentos internacionais de caráter universal ou quase-universal (CIJ, 1970, p. 32, tradução nossa, grifo nosso).⁸⁰

⁷⁹ Normas *jus cogens* e obrigações *erga omnes* são conceitos diferentes um do outro. Normas *jus cogens* referem-se ao status jurídico que certas normas atingem, enquanto que obrigações *erga omnes* dizem respeito às implicações jurídicas decorrentes da caracterização de uma determinada norma como *jus cogens*. Portanto, há obrigações *erga omnes* que também constituem normas *jus cogens*. Apesar de a decisão da CIJ referir-se apenas a obrigações *erga omnes*, as descritas no parágrafo supracitado também são normas *jus cogens* e, portanto, vinculam a comunidade internacional como um todo. Portanto, na visão deste autor, faz-se necessário neste trabalho a referência à decisão da CIJ (BASSIOUNI, 1996).

⁸⁰ Texto original: “[...] *These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the inter- national community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. [...] Such obligations derive, for example, in contemporary inter- national law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law [...]; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.*”

A partir desse trecho, é possível concluir que as normas de proteção da pessoa humana, incluindo proibições do genocídio, escravidão e discriminação racial, estão consolidadas como normas de direito internacional das quais não se admite derrogação, seja qual for a circunstância. Ainda, de acordo com a decisão, são normas que devem ser garantidas por todos os Estados e membros da comunidade internacional. Segundo o CICV, entre as normas *jus cogens*, estão o direito à vida, a proibição da tortura, dos castigos ou tratamentos desumanos; a proibição da escravidão e da servidão; o princípio da legalidade e da não-retroatividade da lei (CICV, 2005). Há tratados internacionais de direitos humanos que, em seu próprio texto, reconhecem a não-derrogação desses direitos fundamentais, como, por exemplo, prevê o Art. 4º(2) do PIDCP:

§1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados-partes no presente Pacto podem adotar, na estrita medida em que a situação o exigir medidas que decorrem as obrigações decorrente do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

§2. A disposição precedente não autoriza qualquer derrogação dos artigos 6º [direito à vida], 7º [proibição à tortura], 8º (parágrafos 1º e 2º) [proibição à escravidão e servidão], 11 [proibição à prisão arbitrária], 15 [princípio da legalidade], 16 [reconhecimento da personalidade jurídica] e 18 [liberdade de pensamento, consciência e religião].

§3. Os Estados-partes no presente Pacto que fizerem uso do direito de derrogação devem comunicar imediatamente aos outros Estados-partes no presente Pacto, por intermédio do Secretário Geral da organização das Nações Unidas, as disposições que tenham derogado, bem como os motivos de tal derrogação. Os Estados-partes deverão fazer uma nova comunicação igualmente por intermédio do Secretário Geral das Nações Unidas, na data em que terminar tal suspensão (OEA, 1966, online, grifo nosso).

Esses direitos fundamentais, os quais os Estados estão obrigados a respeitar em todas as circunstâncias – mesmo em caso de conflito (armado) ou perturbação-, podem ser considerados o “núcleo duro” dos direitos humanos referido no parágrafo inicial desta subseção. Considerando que o direito humanitário se aplica precisamente em situações excepcionais, como é o caso dos conflitos armados, o conteúdo do DIDH que os Estados devem respeitar em qualquer circunstância (o “núcleo”) tende a convergir com as garantias fundamentais e judiciais

previstas no DIH.⁸¹ Um exemplo clássico é a proibição da tortura, prevista no Art. 75 do PA I⁸² e Art. 4º do PA II⁸³ (CICV, 2005).

Dessa forma, é possível dizer que, apesar de as normas de cada um dos regimes terem finalidades e escopos de aplicação distintos, existe um núcleo de direitos compartilhados por ambos que permanece sendo aplicado mesmo em situações de conflito armado. Esse núcleo denota o objetivo comum do DIH e DIDH, qual seja a proteção da pessoa humana. Esta é a interseção entre ambos. Na figura a seguir, com fins de contribuir para um melhor entendimento da matéria, buscou-se demonstrar essa interseção de maneira mais visual.

Figura 1: Interseção entre DIH e DIDH



Fonte: elaboração própria a partir da bibliografia consultada neste trabalho.

A partir da imagem acima, é visível o ponto de convergência entre DIH e DIDH: o reconhecimento do caráter especial das normas de proteção dos direitos da pessoa humana (CANÇADO TRINDADE, 2003). Direito humanitário e direito dos direitos humanos, nesse

⁸¹ Este argumento ratifica-se no próprio entendimento elaborado pelo CICV de que “o dever de garantir a aplicação do DIH e DIDH incube principalmente aos Estados” (CICV, 2005, p. 36). Assim, resta claro que o conteúdo de DIDH a ser garantido e respeitado pelos Estados confunde-se com os direitos protegidos pelo DIH, razão pela qual os Estados devem deliberadamente fazer cumprir as normas humanitárias.

⁸² O Art. 75(2) assim prevê: “Estão e permanecerão proibidos em qualquer tempo e lugar os seguintes atos, quer sejam realizados por agentes civis ou militares: [...] ii) **a tortura de qualquer classe**, tanto física como mental; [...]” (MPSP, 1977, online, grifo nosso).

⁸³ O Art. 4º(2) assim estabelece: “Sem prejuízo do caractere geral das disposições anteriores, são e permanecem proibidas, em qualquer momento ou lugar, em relação as pessoas mencionadas no n° 1: a) Os atentados contra a vida, saúde ou bem-estar físico ou mental das pessoas, em particular o assassinio, assim como os tratamentos cruéis, tais como a **tortura**, as mutilações ou qualquer forma de pena corporal; [...]” (MPSP, 1977, online, grifo nosso).

espaço de interseção, complementam um ao outro e operam de forma simultânea em situações de conflito armado. DIH e DIDH, assim, convergem não apenas no aspecto teórico, mas também, e mais importante, na aplicação prática de suas normas (VAN AGGELEN, 2005). O posicionamento majoritário atual, portanto, é o de que esses dois regimes são complementares, e não alternativos (CRAWFORD, 2012).

Em suma, é possível afirmar que, em seu espaço de intersecção, essas duas vertentes do DIP coincidem e passam a ser aplicadas simultaneamente durante um conflito armado. Elas coexistem lado a lado numa relação simbiótica, na qual direito dos direitos humanos constitui a base, responsável por orientar os valores, das regras específicas desenvolvidas para os conflitos armados. Portanto, quando coincidem, DIH e DIDH entrelaçam-se e juntas formam o corpo jurídico que rege as situações de conflito armado (TOMUSCHAT, 2008; DUFFY, 2007).

2.3.2. Direito Internacional Humanitário como *lex specialis* em Situações de Conflito Armado

Conforme destacou a subseção anterior, existe um “núcleo” de direitos básicos compartilhado entre DIH e DIDH que permanece sendo aplicado mesmo em contexto de guerra. Assim, resta claro que, durante um conflito armado, tais regimes convergem para garantir a proteção dos direitos que compõem esse núcleo. Neste caso, não parece haver, portanto, dúvida sobre qual dos regimes, DIH ou DIDH, deve ser aplicado, já que ambos são aplicados simultaneamente com vistas a proteger a pessoa humana. No entanto, as normas que não integram esse “núcleo” regulam situações totalmente diferentes e, portanto, não convergem para uma aplicação em conjunto quando resta configurado um conflito armado. Em outras palavras, quando ambos DIH e DIDH aplicam-se a certo problema em um conflito armado, mas levam a resultados distintos, torna-se controverso determinar qual é o direito aplicável à situação (SASSÒLI, 2019). É neste momento que se instaura a “relação problemática” referida no início da seção 2.3, de onde surgem questionamentos sobre quais normas devem ser aplicadas: as de direito humanitário ou de direitos humanos? Qual regime tem preferência neste caso? Nesse sentido, são desenvolvidas teorias que buscam responder essas perguntas, sendo a principal delas a da *lex specialis*.

O princípio *lex specialis derogat legi generali*⁸⁴ (“lei especial derroga lei geral”), familiar a muitos ordenamentos jurídicos, também está presente no DIP. Em termos gerais, esse princípio denota que uma norma especial ou específica deve ter precedência a uma norma de

⁸⁴ Será referido neste trabalho apenas como princípio ou teoria da “*lex specialis*”.

caráter geral. No contexto do direito do conflito armado, tal princípio levanta questão desafiadora: deve o direito humanitário ter precedência ao direito dos direitos humanos para definir direitos e obrigações dos indivíduos e Estados durante um conflito armado? (ALSTON e GOODMAN, 2013). A doutrina majoritária no tema assevera que o DIH constitui *lex specialis* na medida em que as circunstâncias específicas do conflito armado o exijam; apesar de concordar que a proteção garantida pelo DIDH não cessa completamente em tempo de guerra (TOMUSCHAT, 2008). Ainda, a CIJ, em *Nuclear Weapons*⁸⁵, e a CIDH, nos casos a serem relatados no capítulo seguinte⁸⁶, por exemplo, têm utilizado especificamente o princípio da *lex specialis* quando enfrentam o debate sobre a relação entre DIH e DIDH (SASSÒLI, 2019).

No entanto, o significado do princípio e seu campo de aplicação são controversos até mesmo entre aqueles que o utilizam. Para aqueles que defendem a “supremacia absoluta do DIH” em situações de conflito armado, qualquer silêncio do direito humanitário significa que não existe norma regulando determinada conduta; o que, por si só, nega que o DIDH continua sendo aplicado aos conflitos armados – posicionamento claramente incorreto. Em relação àqueles que argumentam pela “supremacia moderada do DIH” e que admitem que as questões não reguladas pelo direito humanitário permanecem regidas pelo direito dos direitos humanos, DIH tende a prevalecer como *lex specialis* assim que se identifica regulação estabelecida por ele sobre determinado aspecto – o que impede que a norma aplicável a tal aspecto seja também interpretada pelo DIDH. Ainda, há quem defenda a aplicação da norma mais protetiva em caso de contradição entre normas de DIH e DIDH. No entanto, esta abordagem negligencia que o objeto e propósito do DIH sejam não apenas oferecer a melhor proteção possível aos indivíduos, mas também achar um balanço entre princípios de humanidade e necessidade militar (SASSÒLI, 2019). Esses diferentes posicionamentos sobre um mesmo princípio demonstram como há incongruência na utilização da *lex specialis*, motivo pelo qual se torna necessário pensar em abordagens alternativas para solucionar tal incongruência e, por consequência, a divergência de aplicação entre as normas de DIH e DIDH no âmbito do conflito armado.

Nesse sentido, a teoria da *lex specialis* tem sido cada vez mais contestada na literatura especializada. Apesar de a opinião majoritária ser a de utilizar essa teoria quando há divergência entre aplicação de DIH e DIDH em uma situação de conflito armado, o significado do princípio *lex specialis* está ainda sujeito à controvérsia. Segundo Sassòli (2019), a melhor opção para solucionar a contradição entre normas de DIH e DIDH é determinar qual norma divergente constitui a *lex specialis* em cada situação específica, levando em conta também os objetivos

⁸⁵ Ver início da seção 2.3.

⁸⁶ Ver seção 3.1.

sistêmicos gerais do direito internacional. Esta abordagem, na opinião do autor, leva a resultados muito similares àqueles atingidos pela aplicação da técnica moderna de integração sistêmica entre diferentes normas de direito internacional.

Portanto, DIH não constitui sempre a *lex specialis* em conflitos armados simplesmente porque se aplica à situação de guerra e foi criado especificamente para tal circunstância. Pelo contrário, é considerado *lex specialis* sobre determinadas questões em um conflito armado, ao passo que o DIDH é *lex specialis* sobre outras (SASSÒLI, 2019). Posto de outra forma, o corpo de DIH não é *lex specialis* como um todo, da mesma forma que o corpo de DIDH não é *lex generalis* como um todo (SIVAKUMARAN, 2014). No entanto, esta é apenas uma questão de terminologia, pois o resultado prático dessa distinção, segundo Sassòli (2019), será o mesmo daqueles que defendem a aplicação do DIH como lei especial em algumas questões e do DIDH como lei geral em outras.

Considerando que tanto DIH quanto DIDH possuem normas aplicáveis a situações de conflito armado, é possível pensar sobre como é (ou deve ser) o tratamento do direito humanitário perante mecanismos de implementação específicos de direitos humanos (dado que os de direito humanitário são escassos). Nesse contexto, serão apresentados a seguir alguns posicionamentos, especialmente extraídos da literatura especializada no tema, sobre a possibilidade de aplicação de normas de DIH em tribunais de direitos humanos.

2.3.3 *Aplicando* Direito Internacional Humanitário em Tribunais de Direitos Humanos?

A ideia desta subseção é apresentar conteúdo de transição entre as bases teóricas que norteiam a relação entre os regimes de DIH e DIDH (que foram o foco deste primeiro capítulo) e o estudo de caso das decisões da Corte IDH que tratam sobre a aplicação de DIH (análise empírica a ser realizada no segundo capítulo). Isto será feito por meio de uma breve revisão de literatura no tema da aplicação de direito humanitário em tribunais de direitos humanos, destacando importantes posicionamentos e interpretações (inclusive sobre a prática do SIDH), bem como, eventualmente, experiências de outros sistemas regionais diferentes do interamericano. O posicionamento dos autores e de outros sistemas neste tópico é relevante para que esses possam ser contrastados e/ou relacionados, na seção 3.3, com os resultados obtidos a partir da análise empírica a ser conduzida no capítulo seguinte.

Atualmente, nenhuma das convenções regionais de direitos humanos (CEDH, CADH ou CADHP) faz referência ao DIH como fonte de direito a ser utilizada pelos tribunais e comissões existentes; com exceção do Protocolo de Maputo, que prevê a criação da futura Corte

Africana de Justiça e Direitos Humanos. Esta ainda não está em atividade, mas terá jurisdição sobre casos que envolvam qualquer questão de direito internacional e aplicará tratados internacionais, gerais ou particulares, ratificados pelos Estados em litígio, assim como costume internacional. Essa ampla jurisdição provavelmente deve incluir DIH como fonte de direito (MAX, 2019), o que representará significativa mudança em relação à estrutura normativa dos demais sistemas regionais (europeu e interamericano) – não apenas em matéria de DIH, mas também em outras áreas do direito internacional.

Tradicionalmente, a Corte EDH evitou aplicar DIH em situações de conflito armado, incluindo àquelas envolvendo ocupação militar. Apenas em 2014, na decisão do caso *Hassan v. Reino Unido*, a Corte considerou expressamente, pela primeira vez, a relação existente entre a CEDH e o DIH. Decidiu que, durante conflitos armados, as regras da CEDH devem ser acomodadas, na medida do possível, com as relevantes normas de DIH aplicáveis ao caso (CORTE EDH, 2014). No entanto, não se observa uma aplicação de normas de DIH propriamente dita, ainda que indiretamente.

A prática do Sistema Africano em relação a situações de conflito armado é relativamente escassa. A Comissão Africana abordou questões de DIH em um único caso, no ano de 2003: *República Democrática do Congo (RDC) v. Burundi, Ruanda e Uganda*⁸⁷, em que a RDC busca reparação por violações de direitos humanos e dos povos cometidas pelo exército inimigo presente em seu território (HAILBRONNER, 2016). Neste caso, a Comissão aplicou DIH diretamente, tratando indiscriminadamente sobre o tema, mas sem explicar a razão para tanto e em que medida possuía competência para julgar violações de direito humanitário. Portanto, permanece pouco claro se o órgão realmente tinha competência para abordar tais questões (MAX, 2019; SASSÒLI, 2019).

Segundo Max (2019), de um ponto de vista geral, as atuais cortes e comissões não são competentes para aplicar DIH diretamente. No entanto, podem aplicar direito humanitário indiretamente e/ou interpretar seus respectivos instrumentos de direitos humanos através das lentes do DIH. A autora pontua uma série de insuficiências na abordagem dos sistemas regionais para com o direito humanitário: falta de coerência, pelo menos na jurisprudência da Corte EDH, bem como a ausência de conhecimento judicial especializado que seja suficiente para enfrentar questões de DIH. No entanto, ressalta também a competência limitada desses órgãos para tratar de questões de direito humanitário e a relutância dos Estados e/ou indivíduos petionários a argumentarem com base no DIH. Portanto, encoraja os Estados, quando os casos

⁸⁷ Decisão encontra-se disponível na íntegra (em inglês) em: <http://hrlibrary.umn.edu/africa/comcases/Comm227-99.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2019.

perante os sistemas regionais se relacionarem com conflito armado, a invocarem DIH em suas manifestações.

Buis (2008), por sua vez, argumenta que tribunais ou comissões regionais que lidam com violações de direitos humanos não contemplam uma abordagem em relação a violações de DIH de forma independente, já que tais órgãos apenas têm competência para responsabilizar Estados com base nas convenções a que estão vinculados, ou seja, os instrumentos regionais de direitos humanos. Sugere os termos “referência interpretativa” ou “*guideline* contextualizada”⁸⁸ para explicar a forma como o DIH deve ser utilizado pelo Sistema Interamericano, por exemplo, nos casos em que lida com situações de conflito armado. Segundo Bowring (2018), esse uso do direito humanitário como ferramenta interpretativa no âmbito do SIDH tem se mostrado bastante útil e necessário.

Com posicionamento mais otimista, Sassòli (2019) destaca que, apesar de haver riscos envolvidos, os mecanismos de implementação de DIDH que se engajam em lidar com violações de DIH exercem papel importante para garantir o respeito a este. Esta posição é ratificada nos escritos de outros autores da área. Burgorgue-Larsen e Torres (2011), por exemplo, ressaltam que a jurisprudência da Corte IDH e CIDH foi desenvolvida em uma região caracterizada por longos períodos de ditadura, o que a impulsionou a reprimir violações perpetradas por governos totalitários e os responsabilizar internacionalmente. Por este motivo, sua contribuição tanto ao DIDH quanto ao DIH é essencial e certamente constitui um ponto de reflexão sobre a questão da complementariedade entre esses dois regimes.

Sob a mesma ideia, destaca-se que a Corte IDH, no contexto dos tribunais regionais de direitos humanos, tem a oportunidade de se tornar um fórum de elite para o desenvolvimento do direito do conflito armado (DUNKELBERG, 2017). É também um mecanismo de controle indireto do DIH, pois tem declarado a violação de princípios de direito humanitário e determinado medidas de reparação para garantir a implementação deste (RIVAS, 2017). Da mesma forma, o SIDH, em particular, tem emergido como um dos fóruns mais significativos quanto ao desenvolvimento jurisprudencial da intersecção entre DIDH e DIH (SHELTON, 2014).

No âmbito do SIDH, especificamente, a possível aplicação de normas próprias de DIH pelos órgãos do sistema não se trata apenas de uma questão de competência. É sabido que o SIDH, apesar de ter competência limitada ao Pacto de San José e seus instrumentos correlatos, pode, sim, abordar efetivamente infrações ao direito humanitário, especialmente em razão de a

⁸⁸ Tradução livre do original “*interpretative reference*” e “*contextualizing guideline*” (BUIIS, 2008, p. 293).

CADH não ser um estatuto normativo que congrega normas de DIH e de esse mesmo sistema se deparar com casos envolvendo conflito armado interno – como no caso da Colômbia. Portanto, o debate vai além da questão da competência: trata de fatos complexos que têm repercussões concretas sobre os Estados dos quais a responsabilidade pode ser imputada, ainda que indireta, por violação de normas de DIH (CARDONA, 2010). Cardona (2010) defende que existe uma aplicação indireta das normas humanitárias pela Corte IDH e que, portanto, a CADH representa uma importante via para obrigar os Estados a cumprir as normas de DIH.

Concluídos os aspectos preliminares e teóricos deste trabalho, proceder-se-á com o estudo de caso da Corte IDH a partir da análise empírica de suas decisões que tratam de questões envolvendo Direito Internacional Humanitário. O exame dos casos da CIDH e das decisões da Corte, bem como os resultados do teste empírico formam o conteúdo do próximo capítulo.

3 ESTUDO DE CASO: ANÁLISE EMPÍRICA A PARTIR DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Neste segundo capítulo, será realizado estudo de caso da Corte IDH por meio de uma análise empírica de suas decisões que tratam sobre a aplicação de Direito Internacional Humanitário. O teste empírico tem por objetivo verificar se, do ponto de vista da proteção humana, é desejável, ou não, que a Corte aplique DIH; e não apenas o utilize como meio de interpretação da CADH, como tem sido seu posicionamento mais recente. Nesse sentido, ainda como parte da análise-suporte deste trabalho, será feito breve estudo de alguns casos selecionados da CIDH a fim de desenhar como tem sido o tratamento do DIH por este órgão.

Conforme já mencionado no capítulo anterior, Corte IDH e CIDH têm adotado, até então, posicionamentos diferentes quanto à aplicação de DIH no Sistema Interamericano. Considerando que tal diferença é relevante para a análise empírica a ser feita a seguir, é necessário, em um primeiro momento, destacar brevemente cada uma dessas abordagens. A partir da figura seguir, é possível visualizar a diferença no tratamento do DIH por cada um dos órgãos:

Figura 2: DIH no Sistema Interamericano de Direitos Humanos



Fonte: elaboração própria a partir dos casos disponíveis nos sites da Corte IDH e CIDH.

O esquema mostra que, enquanto a CIDH tem realizado aplicação direta do direito humanitário em seus casos, a Corte IDH adota uma posição mais tímida no sentido de apenas interpretar as normas da CADH à luz dos instrumentos do DIH. Esta têm sido a posição majoritária e mais tradicional de cada um dos órgãos.

A CIDH consolidou, portanto, prática de aplicar diretamente DIH nos casos em que se deparou com determinadas situações de conflito armado. No caso *Juan Carlos Abella v. Argentina*, a ser tratado adiante na seção 3.1, a Comissão caracterizou a violência na base militar

argentina *La Tablada* como um conflito armado e procedeu à avaliação dos fatos à luz das normas de direito humanitário. No entanto, tal prática levanta questões como a falta de especialização da CIDH no tema e o exercício de mandato que excede a competência do órgão. A Corte IDH, por sua vez, fez a distinção entre *interpretar* as normas humanitárias e as *aplicar* de forma direta. Estabeleceu, nesse sentido, que nem ela nem a Comissão possuíam competência para aplicar DIH diretamente. Apenas poderiam utilizar de normas de DIH na interpretação da CADH (HENRIKSEN, 2017; CARDONA, 2010). Atualmente, a CIDH reverteu sua prática no tema para uma abordagem mais ortodoxa de interpretar normas da CADH apenas se referindo aos instrumentos de DIH (MAX, 2019). Na seção seguinte, a posição da Comissão no tratamento do DIH será apresentada com maior profundidade por meio da análise de alguns de seus casos.

3.1 Direito Internacional Humanitário na Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A CIDH manifestou-se, pela primeira vez, sobre a aplicação de direito humanitário no caso *Arturo Ribón Avila v. Colombia*⁸⁹ (Caso n° 11.142), com relatório que data de 30 de setembro de 1997. O caso trata das circunstâncias relacionadas à morte de Arturo Ribón Avilán e de outros dez indivíduos, como resultado do confronto armado, ocorrido em 30 de setembro de 1985, entre o exército colombiano, o Departamento Administrativo de Seguridade do país, a polícia, a Inteligência Policial Colombiana e membros da dissidência armada M-19. Os petionários alegam que, em razão dos incidentes ocorrido em 1985, um total de onze pessoas foram vítimas de execuções extrajudiciais por agentes do Estado enquanto estavam indefesas. Alegam que o Estado Colombiano violou os artigos 4° (direito à vida) e 5° (direito à integridade pessoal) da CADH; assim como os artigos 8° e 25, em razão de ter sido negado às vítimas o direito à proteção judicial. Além disso, os petionários asseveram que o Estado não conduziu investigação dos fatos de forma apropriada, o que impossibilitou o julgamento dos agentes estatais responsáveis pelos eventos e o acesso a remédios efetivos pelos parentes mais próximos das vítimas (CIDH, 1997c, p. 1-2).

Neste caso, ao decidir sobre o direito aplicável, a CIDH invocou o Art. 3° Comum às CGs, que vincula tanto Estados quanto dissidências armadas em todos os conflitos armados internos. Destaca ainda que a Colômbia ratificou as CGs e aderiu ao PA II. Com base no Art.

⁸⁹ Doravante caso “*Ribón Avila*”.

29 da CADH⁹⁰, concluiu que é competente para aplicar diretamente normas de DIH ou interpretar os dispositivos da CADH em referência às regras de direito humanitário. Ressalta que o Art. 27 da CADH⁹¹ proíbe expressamente qualquer derrogação do direito à vida nos termos do Art. 4º; de forma que esta garantia se aplica juntamente com e é informada pelas disposições do DIH sobre hostilidades internas. Assim, conclui que as execuções sumárias dos onze indivíduos violaram não apenas o Art. 3º Comum das CGs, mas também o Art. 4º da CADH (CIDH, 1997c, p. 26-27).

Ademais, menciona, em vários momentos na decisão, que as ações do Estado colombiano violam direito humanitário, como pode ser visto nos parágrafos 142, 148 e 163 da decisão. A Comissão entendeu também que, ainda que as partes não invoquem normas de DIH, o órgão é competente para aplicar e utilizar instrumentos de direito humanitário, uma vez que os fatos do caso exigem tal aplicação. Ainda, considerando que DIDH e DIH compartilham normas que lidam com a proteção de indivíduos no âmbito de conflito armado, conclui que ambos corpos jurídicos devem ser respeitados e, por consequência, aplicados pela Comissão (CIDH, 1997c, p. 34-35). É possível observar, portanto, que a CIDH entendeu aqui pela aplicação direta de normas de DIH e, por consequência, pela responsabilização do Estado por violar simultaneamente o direito humanitário e o direito dos direitos humanos.

Em um segundo momento, a CIDH tratou do tema no caso *Juan Carlos Abella v. Argentina* (Caso nº 11.137), mais conhecido como caso *Tablada*⁹², com relatório adotado em

⁹⁰ O Art. 29 da CADH refere-se às normas de interpretação do SIDH, nos seguintes termos: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e 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 possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção 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; e 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** (OEA, 1969, online, grifo nosso).

⁹¹ O Art. 27 da CADH refere-se à suspensão de garantias previstas na Convenção, nos seguintes termos: “1. 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 seguintes artigos:** 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (**Direito à vida**); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. 3. Todo Estado Parte que fizer uso do direito de suspensão deverá informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão (OEA, 1969, online, grifo nosso).

⁹² Doravante “caso *Tablada*”.

18 de novembro de 1997. Este caso é talvez o mais famoso e importante entre todas as decisões da CIDH em matéria de aplicação de DIH, pois examinou em detalhes se o órgão era competente para aplicar Direito Internacional Humanitário de forma direta. Isto à época representou uma inovação, pois, pela primeira vez, um órgão intergovernamental de direitos humanos julgou-se competente para invocar DIH e aplicar suas normas a Estados-partes da Convenção Americana (ZEGVELD, 1998), um instrumento propriamente de DIDH. O caso diz respeito ao ataque conduzido por 42 indivíduos armados em quartéis militares das forças armadas, no ano de 1989, em *La Tablada*, Argentina. O ataque precipitou uma batalha entre os atacantes e militares argentinos que durou aproximadamente 30 horas, resultando na morte de 29 daqueles indivíduos e de vários agentes do Estado. Os atacantes sobreviventes apresentaram denúncia à Comissão alegando violações, por parte dos agentes estatais, da CADH e de normas de DIH. Os peticionários alegam que, após o fim das hostilidades, os agentes estatais participaram da execução sumária de quatro dos atacantes capturados, do desaparecimento de outros seis, e da tortura de vários deles. Alegam que o Estado Argentino violou os artigos 4º, 5º (1), 7º (5) (direito de ser julgado dentro de um prazo razoável), 8º, 24 (igualdade perante a lei) e 25, todos da CADH (CIDH, 1997b, p. 1-2).

A decisão tratou extensivamente de questões de DIH, utilizando instrumentos, regras e princípios deste último de forma a aplicá-lo diretamente ao caso concreto. Primeiramente, a CIDH realizou a classificação do conflito em pauta no caso: considerou que, como resultado de uma coordenação e planejamento cuidadosos, a operação militar não podia ser considerada apenas uma insurgência interna, mas um conflito armado real; motivo pelo qual o Art. 3º Comum torna-se aplicável ao caso. Afirma que, no caso de um conflito armado, o DIH contém disposições mais favoráveis ao indivíduo; o que não significa que serão adicionadas novas obrigações internacionais ao Estado Argentino, mas serão reforçadas aquelas já contidas na CADH. Isto porque a Convenção Americana e o Art. 3º Comum compartilham um núcleo de direitos não-derrogáveis⁹³ que visam proteger a vida e a dignidade humana (CIDH, 1997b, p. 30).

Em relação à competência para aplicar normas de DIH, a CIDH afirma ser competente para aplicar tais normas de forma direta e justifica este posicionamento nos Artigos 25, 27(2), 29(2) e 64(1)⁹⁴ da CADH; o que se assemelha à justificativa utilizada, para a mesma questão, no caso *Ribón Avila*. Sobre tal aplicação, a CIDH concluiu também que:

⁹³ Vide subseção 2.3.1.

⁹⁴ Assim prevê o Art. 64 da CADH: “1. Os Estados membros da Organização poderão **consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos** nos

[...] Portanto, quando existem diferenças entre as normas jurídicas que regem os mesmos direitos ou direitos semelhantes na Convenção Americana e um instrumento de direito humanitário, a Comissão é obrigada a atribuir efeito jurídico à(s) disposição(ões) do tratado com o(s) padrão(ões) mais elevado(s) aplicável(eis) ao(s) direito(s) ou liberdade(s) em questão. Se esse(s) padrão(ões) mais elevado(s) corresponder(em) a uma regra de direito humanitário, a Comissão deve aplicá-lo(s) (CIDH, 1997b, p. 32, tradução nossa).⁹⁵

Ainda nesse ponto, a CIDH entendeu, com base no Art. 64(1), que convenções de DIH podem ser invocadas em razão da possibilidade de a Corte IDH, mediante posição tomada em opinião consultiva⁹⁶, interpretar “outros tratados” de direito internacional. Ao final, a CIDH decidiu, no entanto, que não havia provas suficientes para condenar os agentes do Estado pelo uso ilegal de meios e métodos de combate, razão pela qual conclui que as mortes dos atacantes durante o conflito armado em *La Tablada* não constituíram violações da CADH nem das normas de DIH aplicáveis ao caso (CIDH, 1997b, p. 36).

No caso *Hugo Bustíos Saavedra v. Peru* (Caso 10.548), também de 1997, a CIDH lidou com questões de DIH que envolveram a morte do jornalista Hugo Bustíos Saavedra e os ferimentos de bala sofridos por seu colega Eduardo Rojas Acre, em razão de atos perpetrados por agentes da República do Peru. A petição foi apresentada pelo Comitê de Proteção dos Jornalistas, *Human Rights Watch*, e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) em 1990. Os peticionários alegam violações, por parte do Estado Peruano, dos artigos 1º (1), 4º (1), 5, 13(1)⁹⁷ e 25 da CADH. Nesta decisão, a CIDH também aplica norma de DIH diretamente ao afirmar que o Peru violou o Art. 3º Comum das CGs (CIDH, 1997a, p. 18).

Em *Ignacio Ellacuria, S.J. et al. v. El Salvador* (Caso 10.488), de 1999, o Estado de El Salvador é levado ao SIDH em razão da morte de seis sacerdotes jesuítas e duas mulheres, que

Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais” (CADH, 1969, online, grifo nosso).

⁹⁵ Texto original: “[...] *The purpose of this Article is to prevent States Parties from relying on the American Convention as a ground for limiting more favorable or less restrictive rights to which an individual is otherwise entitled under either national or international law. Thus, where there are differences between legal standards governing the same or comparable rights in the American Convention and a humanitarian law instrument, the Commission is duty bound to give legal effort to the provision(s) of that treaty with the higher standard(s) applicable to the right(s) or freedom(s) in question. If that higher standard is a rule of humanitarian law, the Commission should apply it*”.

⁹⁶ Esta é a Opinião Consultiva OC-1/82 da Corte IDH, disponível (em espanhol) no seguinte endereço: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em: 1º dez. 2019.

⁹⁷ O Art. 13 da CADH garante a liberdade de pensamento e de expressão. Seu para. 1º assim estabelece: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha” (OEA, 1969, online).

foram executados extrajudicialmente por agentes do Estado. Tais atos teriam ocorrido na sede da residência da Ordem dos Jesuítas, localizada dentro das instalações da Universidade Centro-Americana “José Simeón Cañas”, em San Salvador. Os peticionários alegam que o crime foi planejado e conduzido por agentes do Estado pertencentes às forças armadas de El Salvador. Argumentam que a investigação conduzida pelas autoridades salvadorenhas foi ineficaz, motivo pelo qual a maioria dos perpetradores permaneciam impunes. Requerem seja declarada a responsabilidade internacional de El Salvador pela violação dos artigos 1º, 4º, 8º e 25 da CADH; artigos 2º e 6º do PIDCP; e preceitos do direito humanitário; assim como por ter cometido crimes contra a humanidade. Neste caso, a CIDH também declarou a responsabilidade internacional do Estado por violações de DIH. Concluiu que El Salvador violou o direito à vida consagrado no Art. 4º da CADH juntamente com princípios reconhecidos no Art. 3º Comum às CGs (CIDH, 1999a, para. 237).

No caso *Coard et al. v. Estados Unidos*⁹⁸ (Caso 10.951), cujo relatório foi proferido em 29 de setembro de 1999, a Comissão Interamericana lidou com a questão do uso ilegal da força pelos Estados Unidos. Os peticionários alegam que a ação militar conduzida pelas forças armadas estadunidenses na Ilha de Granada, em 1983, violou uma série de normas internacionais que regulam o uso da força pelos Estados. Alegam que 17 indivíduos foram detidos pelas forças armadas estadunidenses nos primeiros dias de operação militar, mantidos incomunicáveis durante muitos dias e maltratados. Argumentam que foram privados do seu direito a um julgamento justo por um tribunal independente e imparcial previamente estabelecido por lei, em razão de os Estados Unidos terem corrompido o sistema judicial de Granada de várias formas. Alegam que os Estados Unidos violaram suas obrigações na DADDH, especificamente nos artigos I, II, XXV, XVII, XVIII e XXVI (CIDH, 1999b, p. 1).⁹⁹

Tendo em vista a natureza dos fatos trazidos pelos peticionários, a CIDH teve de lidar novamente com questões de direito humanitário. Em suas considerações sobre o direito aplicável ao caso, ressaltou que o fato de a CADH ser fonte primária no SIDH não impede que a Comissão faça referência a outras fontes de direito para efetivar seu mandato, o que inclui normas de DIH. Ainda destacou que, apesar de o DIH ser aplicado apenas em situações de conflito armado e o DIDH, em sua maior parte, em tempos de paz, a potencial aplicação de um deles não exclui ou afasta o outro. Portanto, seria inconsistente com os princípios gerais do

⁹⁸ Doravante “caso *Coard*”.

⁹⁹ Esses dispositivos referem-se, respectivamente, aos seguintes direitos da DADDH: direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa (I); direito de igualdade perante a lei (II); direito de proteção contra prisão arbitrária (XXV); direito de reconhecimento da personalidade jurídica e dos direitos civis (XVII); direito à justiça (XVIII); direito a um processo regular (XXVI) (OEA, 1948).

direito se a CIDH exercesse seu mandato sem levar em consideração outras obrigações internacionais de seus Estados membros que julgar relevantes (o que, portanto, permitiria a Comissão utilizar instrumentos próprios do DIH). Afirma também que DIH é *lex specialis* neste caso, motivo pelo qual a análise das alegadas violações da DADDH requer referência às normas de direito humanitário. A Comissão entende que é necessário olhar para e aplicar regras de DIH ao interpretar e aplicar instrumentos próprios do SIDH (CIDH, 1999b, p. 8-9). Ao final, conclui que os artigos I, XVII e XXV supramencionados foram violados pelos Estados Unidos, razão pela qual recomendou ao Estado cumprir com as normas previstas pela DADDH e pelo Direito Internacional Humanitário (CIDH, 1999b, p. 13).

Ainda no caso *Coard*, é preciso dar especial destaque às considerações feitas pelo Comissário Hélio Bicudo em seu voto concorrente. Segundo ele, pode e é aceitável o resultado que integra o direito humanitário ao sistema jurídico de direitos humanos, o que leva a aplicação deste último e permite o controle indireto do primeiro. Defende que, em casos como este, a CIDH deve utilizar o DIH como fonte subsidiária. Afirma que a aplicação concorrente de DIDH e DIH é inevitável, porém deve ser feita nos limites da lei. Conclui que ambos regimes são aplicáveis e, portanto, a Comissão é competente para investigar os procedimentos adotados pelas partes envolvidas no conflito armado (CIDH, 1999b, p. 21).

O último caso a ser analisado nesta seção é o *Monsignor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez v. El Salvador* (Caso 11.481), com relatório proferido em 13 de abril de 2000. Aqui se observa uma pequena mudança na prática da Comissão, que passa a adotar um posicionamento mais moderado quando comparado à sua iniciativa inovadora de aplicar normas de DIH de forma direta e autônoma, como adotado no caso *Tablada*. Os petionários alegam que, em 24 de março de 1980, agentes da República de El Salvador, que faziam parte de esquadrões da morte, executaram extrajudicialmente o Monsenhor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, Arcebispo Metropolitano de San Salvador. Alegam que El Salvador violou uma série de direitos das vítimas previstos na CADH, quais sejam: direito à vida (Art. 4º), direito a um julgamento justo (Art. 8º), direito à proteção judicial (Art. 25) e obrigação de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção (Art. 1º) (CIDH, 2000, p. 1).

Na análise de mérito do caso, a CIDH concluiu que o Estado Salvadorenho violou o Art. 4º da CADH conjuntamente com os princípios codificados no Art. 3º Comum das CGs (CIDH, 2000, p. 16). Neste caso, as normas de DIH não são aplicadas de forma direta, mas são mediadas através da inclusão da expressão “princípios”. Além disso, a expressão “conjuntamente” aproxima DIH e DIDH ao invés de considerar as regras de DIH autonomamente atribuíveis ao Estado (BUIIS, 2008). A seguir, proceder-se-á com a análise das decisões da Corte IDH no tema.

3.2 Direito Internacional Humanitário a partir das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Nesta seção, conforme já explicado no capítulo introdutório, realizar-se-á a análise empírica das dez decisões propriamente dita. Os julgados foram distribuídos em subseções, conforme se observa a seguir, com o intuito de fornecer uma abordagem mais individualizada para a análise de cada um deles. Vale ressaltar que o objetivo do exame empírico aqui não é esgotar a abordagem acerca do tratamento do DIH dado pela Corte nos casos abaixo, nem realizar profunda e detalhada análise dos fatos e argumentos de cada um deles. O intuito é sobretudo destacar, de forma mais descritiva, os trechos das decisões que são mais relevantes para a compreensão de como a Corte IDH tem interpretado e/ou aplicado o direito humanitário. Cada subseção contará com uma análise inicial bem breve dos fatos, argumentos e direitos alegadamente violados no caso; no entanto, o foco será nos principais trechos que mencionam DIH e o que se pode extrair deles para compreender o posicionamento da Corte no tema. Buscar-se-á apenas o necessário para moldar os resultados que responderão a pergunta de pesquisa proposta, o que será feito na seção 3.3 deste capítulo.

3.2.1 Caso Las Palmeras v. Colombia (2000)

O caso *Las Palmeras v. Colombia*¹⁰⁰, com sentença de exceções preliminares proferida em 4 de fevereiro de 2000, foi a primeira decisão em que a Corte IDH tratou da aplicação de normas de DIH. Portanto, a análise desse julgado adquire particular importância no presente trabalho. O caso diz respeito à execução extrajudicial de, pelo menos, seis indivíduos (crianças e adultos) por agentes da Polícia Nacional e do Exército Colombianos, na localidade de Las Palmeras, Putumayo, Colômbia. Em janeiro de 1994, os petionários apresentam denúncia à Comissão alegando violações de direitos humanos por parte do Estado Colombiano. Em fevereiro de 1998, a CIDH proferiu relatório (Informe n° 10/98) recomendando que o Estado conduzisse uma investigação séria, imparcial e efetiva dos fatos denunciados a fim de determinar um relato oficial das circunstâncias do evento ocorrido e a responsabilidade pelas violações cometidas, assim como reparar os familiares das vítimas. Haja vista a não possibilidade de solução amistosa entre as partes, a CIDH submeteu o caso à Corte IDH, em

¹⁰⁰ Doravante “*Las Palmeras*”.

julho de 1998 (CORTE IDH, 2000, p. 2-4), requerendo que esta declare a responsabilidade da Colômbia por violar o Art. 4º da CADH e o Art. 3º Comum das CGs. Solicitou também que o Estado Colombiano fosse declarado responsável pela violação das garantias judiciais estabelecidas no Art. 8º e do direito à proteção judicial previsto no Art. 25, ambos da CADH (CORTE IDH, 2000b, p. 5).

Considerando a suscitação do Art. 3º Comum às CGs pela CIDH, a Corte IDH viu-se na situação de ter que se manifestar sobre sua competência para aplicar normas de DIH e declarar Estados responsáveis pela violação dessas. Soma-se a isto o fato de que a Comissão já havia, de certa forma, consolidado a prática de aplicar diretamente normas de DIH desde o caso *Ribón Avila* em 1997; o que parece ter influenciado diretamente a Corte a proferir decisão judicial sobre a competência dos órgãos do SIDH para *aplicar* DIH.

No tópico, a Corte foi taxativa ao afirmar que sua competência se limita à interpretação e aplicação dos dispositivos da CADH, nos termos do seu Art. 62(1)¹⁰¹. Portanto, a Corte IDH é competente apenas para decidir se as normas dos Estados são compatíveis com a CADH, mas não competente para fazer tal análise em relação às CGs. Ressalta que o Estado Colombiano deve observar os dispositivos das CGs, porém a Corte não é competente para aplicar DIH ou analisar se o Estado violou tais convenções (CORTE IDH, 2000b, p. 11). Em outras palavras, o recurso ao DIH deve ter apenas função interpretativa na jurisprudência. Qualquer outro uso do DIH, portanto, não é permitido.

Na sentença de mérito, em 6 de dezembro de 2001, os juízes Cançado Trindade e Pacheco Gómez proferiram voto separado em conjunto em que fizeram referência ao DIH. Afirmam que “não surpreendentemente, o dever geral e fundamental do Artigo 1(1) da Convenção Americana encontra paralelo em outros tratados sobre direitos humanos e no direito humanitário internacional” (CORTE IDH, 2001, p. 28). Nesta citação, os magistrados não discordam da falta de competência da Corte para aplicar DIH (como determinado na sentença de exceções preliminares), mas, de alguma forma, pontuam a importância da normativa de DIH para definir o conteúdo do Art. 4º da CADH no contexto de conflito armado, que é a situação do caso *Las Palmeras*.

¹⁰¹ Este dispositivo, em seu para. 1º, assim estabelece: “Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, **a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção**” (OEA, 1969, online, grifo nosso).

3.2.2 Caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (2000)

No caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*¹⁰², com sentença de mérito proferida em 25 de novembro de 2000, a Corte IDH voltou a tratar do tema da aplicação de DIH. O caso trata da detenção e maus tratos cometidos contra Efraín Bámaca Velásquez e outros combatentes da Unidade Revolucionária Nacional Guatemalteca (URNG) por agentes estatais da Guatemala. Os peticionários apresentaram denúncia à CIDH em 1993 e a Comissão, em fevereiro de 1996, aprovou relatório declarando que a Guatemala violara os direitos humanos à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial, consagrados, respectivamente, nos artigos 4º, 5º, 7º, 8º e 25 da CADH; assim como se omitira quanto à obrigação prevista no Art. 1º da Convenção. Em agosto de 1996, a CIDH submeteu o caso à Corte requerendo que esta julgue se o Estado é responsável por violar, além dos dispositivos supramencionados, os artigos 3º e 13 da CADH; os artigos 1º, 2º e 6º da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura¹⁰³; e o Art. 3º Comum das CGs (CORTE IDH, 2000a, p. 1-4).

No tema da aplicação de normas de DIH, apesar de manter a posição tradicional do caso *Las Palmeras*, a Corte aqui parece conferir uma maior importância aos instrumentos de direito humanitário que possivelmente se apliquem aos fatos do caso. A Corte IDH volta a afirmar neste julgado que não é possível decidir com base em outros instrumentos diferentes da CADH. No entanto, é possível observar que certas ações ou omissões dos Estados que violam direitos humanos também violam outros instrumentos de proteção da pessoa humana, como as CGs. Reconhece ainda que há equivalência entre o conteúdo do Art. 3º Comum e dos dispositivos da CADH, assim como o conteúdo de outros instrumentos internacionais de direitos humanos não-derrogáveis. Tal conteúdo inclui garantias como o direito à vida e o direito a não ser submetido a tortura nem a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Destaca, por fim, que disposições relevantes das CGs podem ser levadas em conta como elementos de interpretação da própria CADH (CORTE IDH, 2000a, p. 84).

3.2.3 Caso *De La Cruz Flores v. Perú* (2004)

¹⁰² Doravante “*Bámaca Velásquez*”.

¹⁰³ Esta convenção encontra-se disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/tortura.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2019.

No caso *De La Cruz Flores v. Perú*¹⁰⁴, a Corte IDH proferiu sentença de mérito, reparações e custas em 18 de novembro de 2004. Esta decisão trata das violações cometidas contra María Teresa De La Cruz Flores, médica de profissão detida por membros da polícia peruana em 1996, quando finalizava seus trabalhos como médica pediatra no Instituto Peruano de Seguridade Social, por acusações de terrorismo processadas em arquivo. Até a data de apresentação do caso perante a Corte, a vítima permanecia detida por ter sido condenada pelo delito de terrorismo. A Comissão, em 2003, submeteu o caso à Corte IDH requerendo que esta decida sobre a violação, por parte do Estado Peruano, dos seguintes dispositivos da CADH: artigos 7º, 8º, 9º (princípio da legalidade e da retroatividade) e 24 (igualdade perante a lei). A CIDH solicitou ainda que a Corte determine que o Peru adote uma série de medidas de reparação pecuniária e não-pecuniária, bem como efetue o pagamento das custas geradas pela tramitação do caso na jurisdição interna e perante o SIDH (CORTE IDH, 2004a, p. 2).

Este caso não trata especificamente sobre a aplicação de DIH e a competência da Corte IDH para tanto, mas os fatos que ensejaram as violações em pauta ocorreram no contexto de conflito armado no Peru. Por este motivo, a decisão faz algumas referências a instrumentos de DIH que se julgou relevante relatar aqui. Neste ponto, a Corte analisa o parecer de alguns peritos que trouxeram contribuições relevantes para o caso. O mais relevante para a análise proposta neste trabalho é a manifestação de Manuel Pérez González, advogado e Professor de Direito Internacional Público na Universidad Complutense de Madrid. O perito destaca a importância de aplicar simultaneamente normas de DIH (incluindo as CGs e o PA II) e DIDH em situações de conflito armado, como no presente caso (CORTE IDH, 2004a, p. 24). Apesar de a Corte não se manifestar sobre essa questão, faz uma breve menção ao Art. 18 da CG I, Art. 16 do PA I e Art. 10 do PA II no que diz respeito à aplicação do princípio da legalidade, no contexto de um conflito armado, para penalização de ato médico (que foi exatamente o caso da vítima) (CORTE IDH, 2004a, p. 57).

Ainda, é interessante destacar o voto separado do Juiz Sergio Garcia Ramirez, que ratifica a referência feita, no corpo da decisão, aos instrumentos de DIH na questão da penalização do ato médico. Segundo o Juiz, tal referência ilustra a natureza da interpretação que a Corte IDH dá às normas as quais aplica de forma direta (CORTE IDH, 2004a, p. 84). Esta afirmação denota certo grau de importância dado aos instrumentos de DIH, nos casos que envolvam conflito armado, para a interpretação das normas da CADH, as quais serão aplicadas de forma direta pela Corte.

¹⁰⁴ Doravante “*De La Cruz Flores*”.

3.2.4 Caso *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador* (2004)

No caso *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*¹⁰⁵, com sentença de exceções preliminares proferida em 23 de novembro de 2004, a Corte IDH trouxe relevantes contribuições para o debate acerca da possibilidade de aplicação de DIH no SIDH. Este caso aborda a situação das irmãs Serrano Cruz, que, em 1982, quando ainda crianças, foram capturadas, sequestradas e sujeitas a desaparecimento forçado por militares do Batalhão Atlacatl do Exército salvadorenho durante uma operação militar. Em sua manifestação, a CIDH afirmou que os acontecimentos identificados no caso fazem parte de um padrão de desaparecimentos forçados, no contexto de um conflito armado, perpetrados ou tolerados pelo Estado. Em 2003, a CIDH submeteu o caso à Corte requerendo que esta decida sobre a violação dos seguintes dispositivos da CADH: artigos 4º, 7º, 18 (direito ao nome) e 19 (direito das crianças), além do 5º, 8º, 17 (proteção da família) e 25 (CORTE IDH, 2004b, p. 2-3).

Em sua decisão, a Corte manifesta-se especificamente sobre a complementariedade entre DIH e DIDH. Afirma que ambos regimes convergem para a proteção da pessoa humana em situações de conflito armado e que, portanto, a especificidade das normas de DIH para as ditas situações não impede a convergência e aplicação das normas de DIDH consagradas na CADH e em outros tratados internacionais. No intuito de explicar essa convergência de normas, a decisão menciona especificamente instrumentos de DIH, tais como CGs e PAs. A Corte IDH também se refere a linguagem específica do DIH, como, por exemplo, a caracterização de CANIs (“conflito armado de índole não internacional”¹⁰⁶). Reconhece ainda que pode utilizar normas de DIH, ratificadas pelo Estado demandado, para dar conteúdo e alcance aos dispositivos da CADH (CORTE IDH, 2004b, p. 39-41). O Juiz Cançado Trindade, em seu voto dissidente, reitera que as normas de DIH mencionadas na decisão (Art. 3º Comum das CGs, Art. 75 do PA I e Arts. 4-6 do PA II) integram o *jus cogens* internacional, motivo pelo qual tais normas convergem com o DIDH e, conseqüentemente, com os direitos garantidos na CADH (CORTE IDH, 2004b, p. 65-66).

É interessante destacar também que, ainda que o Estado tenha solicitado que a Corte declare sua incompetência material para tratar do caso por este envolver questões de DIH – que estariam, em tese, fora do escopo da Corte IDH –, a CIDH opta por se omitir em relação a eventual pedido de que a Corte se manifeste sobre o tema (CORTE IDH, 2004b, p. 36-37). No

¹⁰⁵ Doravante “*Hermanas Serrano Cruz*”.

¹⁰⁶ Tradução livre do original “*conflicto armado de índole no internacional*” (CORTE IDH, 2004b, p. 39).

entanto, percebe-se que, a partir do presente caso, a Corte pronuncia-se, de ofício, sobre eventuais normas de DIH aplicáveis ao caso, ou seja, sem que Comissão as houvesse suscitado diretamente quando da apresentação do caso perante aquela. Isto demonstra uma certa iniciativa da Corte IDH de trazer, para as decisões, princípios e normas de DIH quando os casos em pauta envolvem situações de conflito armado.

3.2.5 Caso “*Masacre de Mapiripán*” v. *Colombia* (2005)

No caso “*Masacre de Mapiripán*” v. *Colombia*¹⁰⁷, a Corte IDH proferiu sentença em 15 de setembro de 2005. O caso versa sobre o massacre perpetrado em Mapiripán por agentes do Estado Colombiano, que violaram os direitos à vida, à integridade e liberdade pessoal das vítimas. Na manifestação da Comissão, esta concluiu que o Estado também é responsável pela violação do direito ao devido processo e da proteção judicial às vítimas e seus familiares. A CIDH apresentou, em 2003, demanda perante a Corte requerendo que esta decida sobre a violação dos artigos 4º, 5º, 7º, 8º (1) e 25, todos da CADH (CORTE IDH, 2005, p. 1-3).

Sobre o tema da aplicação das normas de DIH, é importante destacar os parágrafos 114 e 115 da decisão. Nesses trechos, a Corte menciona a existência de um CANI na Colômbia, o que, por si só, pode ser considerado iniciativa de classificar o conflito – técnica própria do DIH. Ainda que tal classificação não seja novidade, parece ser relevante a iniciativa da Corte de afirmar expressamente a natureza de CANI de um conflito armado existente na Colômbia. Ademais, a Corte destaca que, para determinar a responsabilidade internacional do Estado Colombiano no presente caso, não pode ignorar a existência de deveres gerais e especiais de proteção da população civil que incumbem ao Estado, derivados diretamente do DIH. Entre esses deveres, são relevantes para este caso, segundo a Corte, especialmente o Art. 3º Comum das CGs e as normas do PA II (aplicáveis especificamente aos CANIs). Apesar de não poder atribuir responsabilidade ao Estado por violações de DIH, a Corte argumenta que as normas deste são úteis para a interpretação das regras da CADH ao se estabelecer a responsabilidade estatal e outros aspectos das violações alegadas no caso (CORTE IDH, 2005, p. 93-94).

¹⁰⁷ Doravante “*Masacre de Mapiripán*”.

3.2.6 *Caso Masacres de Ituango v. Colombia* (2006)

No caso *Masacres de Ituango v. Colombia*¹⁰⁸, cuja sentença fora proferida em 1º de julho de 2006, a Corte IDH fez algumas menções relevantes a normas de DIH, porém mais como referência interpretativa. O presente caso originou-se de duas denúncias: n° 12.050 (La Granja) e n° 12.266 (El Aro), ambas a respeito do Município de Ituango. As duas demandas envolvem situação ocorrida em Ituango, Colômbia, onde membros da Força Pública Colombiana alegadamente consentiram e colaboraram com grupos paramilitares pertencentes às Forças Unidas de Autodefesa da Colômbia (AUC). Nesta ocasião, tropas da AUC supostamente conduziram sucessivas incursões armadas no referido Município, matando civis que estavam indefesos, expulsando outros de suas propriedades e gerando terror e deslocamento forçado de pessoas. Em 2004, a CIDH submeteu o caso à Corte solicitando que esta se pronuncie sobre a violação, por parte do Estado Colombiano, dos seguintes dispositivos da CADH: artigos 4º, 5º, 7º, 8º, 19, 21 (direito à propriedade privada) e 25 (CORTE IDH, 2006, p. 2).

Considerado a situação de conflito armado interno na Colômbia (referida com frequência ao longo de toda a decisão), a Corte viu-se na posição de utilizar novamente instrumentos de DIH para interpretar o conteúdo das normas da CADH. Considera útil e apropriada a utilização do PA II haja vista a evolução experimentada pela matéria no Direito Internacional Humanitário. Invoca a proibição de atos ou ameaças cuja finalidade principal seja aterrorizar a população civil (Art. 13 do PA II) ou destruir bens que sejam indispensáveis à sua sobrevivência (Art. 14 do PA II) (CORTE IDH, 2006, p. 80). A decisão também enfrenta questões relacionadas a desaparecimentos forçados, motivo pelo qual se utiliza das regulações sobre o tema nos termos do Art. 17 do PA II (CORTE IDH, 2006, p. 88). A utilização das normas de DIH, neste caso, parece ser apenas com o objetivo de se fazer o argumento de que existem normas internacionais proibindo as práticas supramencionadas (já que a CADH não possui regulação específica para esses casos).

3.2.7 *Caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú* (2008)

No caso *Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, a Corte IDH, em 2 de agosto de 2008, proferiu decisão sobre a interpretação da sentença de mérito, reparações e custas. A presente

¹⁰⁸ Doravante “*Masacres de Ituango*”.

decisão visa, a pedido do Estado, interpretar sentença de mérito proferida em 2006. O caso trata da execução do *Operativo Mudanza 1* dentro da Prisão Miguel Castro Castro, durante o qual o Estado Peruano alegadamente matou pelo menos 42 reclusos, feriu 175 deles e submeteu outros 322 a tratamento cruel, desumano e degradante. Além disso, a demanda também se refere ao alegado tratamento cruel, desumano e degradante sofrido pelas alegadas vítimas após o *Operativo Mudanza 1*. Nesse sentido, a Comissão submeteu o caso à jurisdição da Corte em 2004, requerendo que esta decida sobre a violação dos artigos 4º, 5º, 8º (1) e 25 da CADH (CORTE IDH, 2008).

Neste julgado, não é feita alusão direta às normas do DIH. No entanto, é interessante destacar aqui o voto separado do Juiz Cançado Trindade. Este pontua que, mesmo diante de uma situação de prática de atos terroristas, o Estado não pode praticar esses mesmos atos, pois ainda possui obrigações internacionais, nas quais estão incluídas normas de DIH. Portanto, em uma situação de violência generalizada (como nos fatos ocorridos na Prisão Miguel Castro Castro), de conflito armado interno ou não-internacional, ainda há obrigações a que o Estado está vinculado, tanto no DIDH quanto no DIH (CORTE IDH, 2008, p. 35). Apesar de não aplicar normas de direito humanitário de forma direta, o Juiz Cançado Trindade reconhece a importância de se respeitar DIH no caso.

3.2.8 Caso *Masacre de Santo Domingo v. Colombia* (2012)

O caso *Masacre de Santo Domingo v. Colombia*¹⁰⁹, em sua sentença de exceções preliminares, mérito e reparações de 30 de novembro de 2012, representou um “ponto de virada” na jurisprudência da Corte IDH em matéria de aplicação de DIH. Tradicionalmente, a Corte sempre adotou um posicionamento mais moderado quanto a essa aplicação, afirmando que é apenas competente para aplicar normas da CADH, ao passo que os instrumentos de direito humanitário funcionam exclusivamente como fonte interpretativa daquelas. No entanto, a partir do caso *Masacre de Santo Domingo*, a Corte IDH passou a usar uma linguagem mais própria do direito humanitário e se manifestar sobre a violação de princípios específicos desse regime jurídico com vistas a decidir sobre a violação, ou não, da CADH.

Os fatos do caso relacionam-se com o alegado bombardeio perpetrado, em 1998, pela Força Aérea Colombiana (FAC) na aldeia de Santo Domingo, Colômbia. Em dezembro de 1998, a tripulação de um helicóptero da FAC lançou um dispositivo *cluster*, composto por seis

¹⁰⁹ Doravante “*Masacre de Santo Domingo*”.

bombas de fragmentação, sobre a área urbana de Santo Domingo. Esse ataque resultou em 17 civis mortos, incluindo quatro meninos e duas meninas, e 27 civis feridos, incluindo cinco meninas e quatro meninos. Em sua manifestação, a CIDH referiu que os membros das forças de segurança que tripulavam o helicóptero estavam cientes do status de civis desses indivíduos. Também destacou que há prova de que, após a explosão, os sobreviventes e feridos foram atacados com metralhadoras, de um helicóptero, enquanto tentavam ajudar os feridos e escapar da aldeia. Estima-se que o incidente causou o deslocamento dos moradores de Santo Domingo, após os atos de saques ou pilhagem das casas desabitadas. Também houve falta de proteção judicial às vítimas e de observância das garantias judiciais. Diante desse cenário, após o procedimento na Comissão, esta submeteu o caso à Corte IDH solicitando decisão judicial que declare o Estado Colombiano como internacionalmente responsável pela violação dos artigos 4º (1), 5º (1), 8º (1), 19, 21 (1) e (2), 22 (1) e 25, todos da CADH (CORTE IDH, 2012, p. 4-5).

As considerações da Corte sobre as obrigações de respeitar e garantir os direitos à vida, à integridade pessoal e a medidas de proteção para meninos e meninas são feitas sobretudo com base em instrumentos e normas de direito humanitário. Isto porque a Corte considera útil e apropriado utilizar a normativa de DIH como meio complementar para interpretação do alcance das obrigações previstas na CADH. Novamente, reconhece a existência de um CANI em território colombiano e destaca a aplicação das CGs, de seu Art. 3º Comum, do PA II e do DIHC ao caso (CORTE IDH, 2012, p. 56-57). Aborda princípios específicos do DIH, tais como distinção, proporcionalidade e precaução¹¹⁰; e aplica cada um deles aos fatos do caso. Parece ir além da utilização desses princípios como mero método interpretativo, uma vez que declaram estar o Estado de acordo, ou não, com o princípio, como se observa no caso da precaução: “Em qualquer caso, dada a capacidade letal e a precisão limitada do dispositivo utilizado, o lançamento do mesmo na zona urbana da localidade de Santo Domingo ou perto dela, é **contrário ao princípio da precaução**”¹¹¹ (CORTE IDH, 2012, p. 71, tradução nossa, grifo nosso). Ainda, reitera a decisão dos tribunais domésticos colombianos quanto à violação do princípio da distinção:

[...] No presente caso, a Corte considerou provado que, no contexto dos confrontos com a guerrilha das FARC, em 13 de dezembro de 1998, a Força Aérea Colombiana lançou um dispositivo *cluster* AN-M1A2 sobre a aldeia de Santo Domingo, causando a morte e ferimentos de civis. A Corte observa que os órgãos judiciais e

¹¹⁰ Vide subseção 1.1.2.

¹¹¹ Texto original: “*En cualquier caso, dada la capacidad letal y la precisión limitada del dispositivo utilizado, el lanzamiento del mismo en el casco urbano del caserío de Santo Domingo o cerca de ahí, es contrario al principio de precaución*”.

administrativos internos consideraram que o Estado **não respeitou o princípio da distinção** na condução da operação aérea acima referida (CORTE IDH, 2012, p. 66, tradução nossa, grifo nosso).¹¹²

Por fim, a Corte conclui, nesse ponto, após a análise de cada um dos princípios do direito humanitário, que o direito à vida do Art. 4º e o direito à integridade pessoal do Art. 5º (1) foram violados pelo Estado Colombiano (CORTE IDH, 2012, p. 71). Isto significa que, neste caso, a Corte teve que decidir, primeiro, sobre a violação de princípios de DIH para, após, julgar a violação da CADH. Em outras palavras, vinculou a violação do Art. 4º da CADH à violação de princípios próprios do DIH.

3.2.9 Caso *Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia* (2013)

No caso *Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia*¹¹³, a sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas foi proferida em 20 de novembro de 2013. Este caso trata da responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos cometidas no âmbito da denominada *Operación Génesis*, ocorrida em 1997 e em local próximo aos territórios das comunidades afrodescendentes da bacia do Rio Cacarica. Essa operação resultou na morte de Marino López Mena e no deslocamento forçado de centenas de pessoas, muitos dos quais eram membros das referidas comunidades e viviam às margens do Rio Cacarica. Os petionários alegam a violação do direito à propriedade coletiva dessas comunidades sobre os territórios que adquiriram ancestralmente e que o Estado reconheceu como sendo delas; tanto em relação aos deslocamentos forçados como à exploração ilegal dos recursos naturais levada a cabo por empresas com permissão ou com tolerância do Estado. Asseveram ainda que os fatos não foram investigados e que os responsáveis não foram punidos, bem como há falta de proteção judicial em relação a esses fatos. Em 2011, portanto, a CIDH submeteu o caso à Corte IDH solicitando que esta decida sobre a violação, ou não, dos seguintes dispositivos da CADH: artigos 4º, 5º, 8º, 22 e 25 (CORTE IDH, 2013, p. 4).

¹¹² Texto original: “En el presente caso la Corte dio por probado que, en el marco de enfrentamientos con la guerrilla FARC, el día 13 de diciembre de 1998 la Fuerza Aérea Colombiana lanzó un dispositivo cluster AN-MIA2 sobre el caserío de Santo Domingo, causando la muerte y lesiones de personas civiles (supra párr. 210). La Corte toma nota de que las instancias judiciales y administrativas internas han considerado que el Estado incumplió el principio de distinción en la conducción del referido operativo aéreo”.

¹¹³ Doravante “Operación Génesis”.

Assim como no caso *Masacre de Santo Domingo*, a Corte IDH utiliza-se da normativa do DIH para interpretar o alcance das obrigações da Convenção Americana. Justifica essa utilização por considerar que as normas de DIH são úteis e apropriadas ao caso, considerando que os fatos do presente caso ocorreram no contexto de um CANI. Aqui, novamente, a Corte afirma que existe um conflito armado de caráter não-internacional na Colômbia e, assim, ratifica a classificação da natureza conflito – conforme fora feito, nos mesmos moldes, nos casos “*Masacre de Mapiripán*” e *Masacre de Santo Domingo*. Entre as normas de DIH relevantes para a decisão, destacam-se novamente as CGs como tudo, o Art. 3º Comum, o PA II e o DIHC (CORTE IDH, 2013, p. 82).

Ademais, a Corte também invoca princípios do DIH (distinção, proporcionalidade e precaução) para decidir sobre a violação do direito à vida e do direito à integridade pessoal na CADH. Abaixo, segue análise da Corte sobre a violação, ou não, do princípio da distinção pelo Estado:

239. Portanto, o Tribunal considera que não foram apresentadas provas para concluir que os alvos dos bombardeios da Operação Génesis incluíam a população ou objetivos civis. O facto de o objetivo nº 5 (Teguerré) se situar no âmbito do Conselho Comunitário da Bacia do Rio Cacarica **não implica necessariamente ou automaticamente uma violação do princípio da distinção**, nem implica que o Estado tenha sido impedido per se de realizar operações de contra insurgência neste território, exceto se o ataque a este objetivo implicar um ataque direto a populações ou bens civis que, como já foi referido, não estão acreditados.

240. Com base no exposto, e especificamente em relação aos bombardeios realizados durante a Operação Génesis, conclui-se que **o Estado não é responsável pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal reconhecidos nos artigos 4º e 5º da Convenção** (CORTE IDH, 2013, p. 90, tradução nossa, grifo nosso).¹¹⁴

Apesar de não ter considerado que o Estado Colombiano violara a distinção, observa-se que a Corte se engaja em uma análise desse princípio, aplicando-o aos fatos do caso, com vistas a examinar se houve, ou não, a violação dele pelo Estado. Logo no parágrafo seguinte (para. 240), a Corte parece chegar à conclusão sobre a não violação dos artigos 4º e 5º da CADH a partir da conclusão anterior de que a distinção também não havia sido violada. Este

¹¹⁴ Texto original: “239. Por lo tanto, el Tribunal considera que no han sido presentadas evidencias que permitan concluir que los objetivos de los bombardeos de la Operación Génesis hayan incluido población o bienes de carácter civil. El hecho de que el objetivo N°5 (Teguerré) se encontrara ubicado dentro del Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Cacarica, no implica necesaria o automáticamente la violación al principio de distinción, ni tampoco que el Estado estuviera impedido per se para llevar a cabo operaciones de contrainsurgencia en este territorio, salvo si el ataque a este objetivo hubiera implicado un ataque directo a poblaciones o bienes civiles lo cual, como ya se señaló, no se encuentra acreditado. 240. Con base en lo anterior, y específicamente en relación con los bombardeos realizados en oportunidad del desarrollo de la Operación Génesis, se concluye que el Estado no es responsable por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, reconocidos en los artículos 4 y 5 de la Convención”.

entendimento ratifica a posição tomada pela Corte IDH, no caso *Masacre de Santo Domingo*, de que, para determinar a violação do Art. 4º e/ou 5º da CADH, é necessário examinar, primeiro, a violação do princípio de direito humanitário.

3.2.10 *Caso Cruz Sánchez y otros v. Perú* (2015)

O caso *Cruz Sánchez y otros v. Perú*¹¹⁵ é o último, até a presente data, em que a Corte IDH tratou de questões envolvendo conflito armado e a aplicação de normas de DIH. A sentença do caso sobre exceções preliminares, mérito, reparações e custas foi proferida em 17 de abril de 2015. O caso trata da alegada execução extrajudicial de membros do Movimento Revolucionário Túpac Amaru (MRTA) durante a operação denominada *Chavín de Huántar*, mediante a qual se tomou o controle sobre a residência do Embaixador do Japão no Peru. Esses indivíduos estavam sob custódia de agentes do Estado e, à data da sua morte, não representavam qualquer ameaça para os seus captores. Os corpos dos membros do MRTA foram enviados para o Hospital Central da Polícia Nacional Peruana, onde não tinham sido devidamente autopsiados; horas depois, restos mortais de alguns deles foram enterrados em diferentes cemitérios em Lima. Os peticionários alegam que o Estado Peruano não realizou investigação diligente e eficaz dos fatos, nem determinou a responsabilidade dos autores materiais e intelectuais dos crimes. A denúncia foi levada à CIDH pelos representantes das vítimas em 2001, mas apenas em 2011 o caso foi submetido à Corte Interamericana pela Comissão. Esta requereu a prolação de decisão judicial que declare o Estado Peruano internacionalmente responsável pela violação dos artigos 4º (1), 5º (1) e (2), 8º e 25, todos da CADH (CORTE IDH, 2015, p. 4-5).

Nas considerações da Corte, a questão da aplicabilidade do DIH entra em pauta quando se aborda o direito à vida e a avaliação sobre o uso da força nas circunstâncias e no contexto dos fatos do caso. A Corte IDH reitera o que já havia sido mencionado nos casos *Masacre de Santo Domingo* e *Operación Génesis*: toda vez que os fatos do caso ocorrerem no contexto de um CANI, a Corte deve interpretar o alcance das normas da CADH no caso concreto à luz das disposições pertinentes do DIH. Menciona que esta, inclusive, foi uma posição compartilhada pela CIDH e pelas partes do caso. Afirma, nesse contexto, que é útil e apropriado levar em conta o Art. 3º Comum das CGs e o DIHC em razão de sua especificidade na matéria (CORTE IDH, 2015, p. 79-83).

¹¹⁵ Doravante “*Cruz Sánchez*”.

A Corte IDH argumenta que o direito à vida consagrado na Convenção Americana continua a se aplicar em situações de conflito armado. Essa garantia pertence ao “núcleo”¹¹⁶ de direitos convencionais não suscetíveis de derrogação em circunstância alguma. Afirma, nesse sentido, que DIH não afasta a aplicabilidade do Art. 4º da CADH, mas nutre a interpretação da cláusula convencional que proíbe a privação da vida de forma arbitrária - em razão de os fatos do caso ocorrerem no contexto de um conflito armado. Dado que a CADH não define expressamente o alcance que se deve outorgar ao conceito de arbitrariedade que qualifica uma privação da vida, é pertinente recorrer ao DIH aplicável. Por este motivo, o exame da violação do Art. 4º deve necessariamente considerar normas e princípios de DIH (como princípios da distinção, proporcionalidade e precaução) (CORTE IDH, 2015, p. 84).

Ademais, a Corte também comenta, nos parágrafos 277 e 278 da decisão, sobre a aplicabilidade do Art 3º Comum no caso concreto. Entende que, para avaliar eventual violação do direito à vida, deverá analisar os fatos do caso levando em conta os princípios mais específicos que resultarem aplicáveis – o que inclui as garantias reconhecidas no Art. 3º Comum das CGs.

277. As alegadas vítimas neste caso não eram civis, mas sim membros do MRTA, que participaram ativamente nas **hostilidades**. No entanto, poderiam ter sido potencialmente beneficiadas das salvaguardas contidas no artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, desde que tivessem deixado de participar nas **hostilidades** e se pudessem identificar como *hors de combat*. A Corte observa que, nos termos do direito internacional humanitário costumeiro, esta situação pode ocorrer em três circunstâncias: ‘(a) que está no poder de uma parte adversa; (b) que não pode se defender por estar inconsciente, naufragado, ferido ou doente; ou (c) que expressa claramente sua intenção de se render; desde que se abstenha de qualquer ato hostil e não tente escapar’. A Corte considerou estes critérios para determinar se uma pessoa se encontrava *hors de combat* e, por conseguinte, tinha direito à proteção prevista no artigo 3º comum das quatro Convenções de Genebra aplicáveis no momento dos fatos (CORTE IDH, 2015, p. 85-86, tradução nossa, grifo nosso).¹¹⁷

O trecho acima demonstra que, ainda que a Corte não responsabilize o Estado Peruano por violar o Art. 3º Comum, este é ponderado em relação aos fatos do caso e aplicado, de

¹¹⁶ Vide subseção 2.3.1.

¹¹⁷ Texto original: 277. “*Las presuntas víctimas del presente caso no eran civiles, sino que eran integrantes del MRTA, quienes participaron en forma activa en las hostilidades. No obstante, podían potencialmente ser beneficiarios de las salvaguardas contenidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, siempre y cuando hubieran dejado de participar en las hostilidades y pudieran identificarse como hors de combat. La Corte nota que, según el derecho internacional humanitario consuetudinario, esta situación puede producirse en tres circunstancias: “(a) que está en poder de una parte adversa; (b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o (c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse”. La Corte considera que estos criterios para determinar si una persona se encontraba hors de combat y era, por lo tanto, acreedora de la protección dispuesta en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, resultaban aplicables al momento de los hechos*”.

alguma forma, à situação específica. Considerando que a Corte realiza esse exame do Art. 3º como um meio para, após, decidir sobre a violação, ou não, do Art. 4º da CADH, pode-se dizer que a utilização do Art. 3º Comum parece ir além de um mero mecanismo interpretativo para se tornar uma disposição de aplicação *indireta* na decisão.

Além disso, o para. 277 acima mostra outro importante aspecto sobre a abordagem dada pela Corte IDH ao DIH: este órgão se utiliza de linguagem própria dos instrumentos de direito humanitário. Ainda que “hostilidades” e “*hors de combat*” não sejam termos exclusivos dos documentos e tratados de DIH, são palavras-chave para qualquer conceito ou enunciado no âmbito do direito do conflito armado. São expressões que compõem o vocabulário dos textos, livros, documentos e tratados de Direito Internacional Humanitário. O caso *Cruz Sánchez* foi o único desta análise que mencionou e utilizou tais expressões com precisão e com certa frequência ao longo do texto.

3.3 Resultados: Aplicação de Direito Internacional Humanitário pela Corte Interamericana?

Esta seção visa apresentar constatações obtidas a partir da análise das decisões da Corte IDH feita na seção anterior e, após, sistematizar os resultados da análise empírica como um todo. Ao final, com base nesses resultados, a hipótese formulada no início deste trabalho será testada com vistas a responder o problema de pesquisa proposto. Buscar-se-á também, na medida do possível, contrastar os resultados da análise empírica com as teses dos principais autores no tema, especialmente fazendo referência àqueles apresentados na subseção 2.3.3.

O estudo de caso proposto no capítulo anterior mostrou, logo de início, uma divergência de entendimento, entre os órgãos do SIDH (Corte IDH e CIDH) quanto à aplicação de DIH. Enquanto a CIDH entendeu que era competente para aplicar diretamente normas de direito humanitário e responsabilizar Estados por violações dessa normativa; a Corte IDH era bem taxativa ao afirmar que os órgãos do Sistema Interamericano apenas tinham competência para interpretar as normas da CADH à luz das regras de DIH, de forma que Estados só poderiam ser responsabilizados por violações da Convenção Americana e demais instrumentos do Sistema. Esta foi a posição adotada no caso *Las Palmeras*. No entanto, a partir da análise das dez decisões da Corte, foi possível ver uma certa mudança no posicionamento do órgão (moderada, mas significativa) quanto à utilização de normas do DIH. Essa mudança de posicionamento progressiva pode ser visualizada abaixo a partir de linha do tempo (Figura 3) elaborada com

alguns desses casos, em que se destacam os trechos que melhor representam a posição da Corte IDH no tema.

Figura 3: Linha do tempo dos principais casos da Corte IDH sobre DIH

2000	CASO LAS PALMERAS V. COLOMBIA Competência da Corte IDH limita-se à interpretação e aplicação dos dispositivos da CADH (Art. 62(1) da Convenção) (para. 32). Corte IDH não é competente para aplicar DIH ou analisar se o Estado violou, ou não, as Convenções de Genebra (para 34).
2004	CASO DE LAS HERMANAS SERRANO CRUZ V. EL SALVADOR Corte IDH pode utilizar normas de DIH, ratificadas pelo Estado demandado, para dar conteúdo e alcance às normas da CADH (para. 119).
2012	CASO MASACRE DE SANTO DOMINGO V. COLOMBIA Estado colombiano não cumpriu com os princípios da distinção (para. 213) e da precaução (para. 229).
2013	CASO OPERACIÓN GÉNESIS (V. COLOMBIA) Útil e apropriado a utilização de normas de DIH, tais como Art. 3 Comum das CGs, Protocolo Adicional II e DIH Costumeiro (para. 221).
2015	CASO CRUZ SÁNCHEZ V. PERÚ O exame da violação do Art. 4 da CADH deve necessariamente considerar princípios de DIH (como distinção, proporcionalidade e precaução) (para. 273): princípios mais específicos aplicáveis à situação (para. 279)

Fonte: elaboração própria a partir dos casos disponíveis no site da Corte IDH.

Optou-se por indicar, na Figura 3, apenas as decisões cujos trechos mostraram-se, na visão deste autor, mais relevantes ao longo do processo de mudança do posicionamento da Corte no tópico. É possível observar que o Tribunal saiu, em 2000, de uma visão bastante tradicional e legalista, limitada à redação dos dispositivos da CADH, para uma posição mais moderada, em 2015, sutilmente “inovadora”. Obviamente, a Corte não deixou de manter seu posicionamento de que é apenas competente para aplicar normas de DIDH (ou seja, os dispositivos da CADH), utilizando-se do DIH somente como fonte interpretativa. No entanto, a atual prática da Corte supera, na visão deste autor, a utilização do DIH como mero instrumento de interpretação: as decisões parecem sugerir uma real aplicação das normas de direito humanitário, porém de maneira mais sutil (e não radicalmente como o fez a CIDH no caso *Tablada*).

A partir da análise empírica realizada na seção 3.2, é possível extrair quatro importantes constatações, as quais ratificam esse novo direcionamento jurisprudencial adotado pela Corte IDH. São elas: (i) reconhecimento, na prática da Corte, de que há normas da CADH que existem no e são compartilhadas com o regime de DIH (como, por exemplo, o direito à vida do Art. 4°); (ii) utilização, no texto das decisões, de linguagem própria dos instrumentos de DIH (hostilidades e *hors de combat*, por exemplo); (iii) reconhecimento de situações de conflito armado (especialmente CANIs), o que caracteriza iniciativa da Corte de classificar conflitos –

uma técnica própria do DIH; (iv) menção e utilização de instrumentos, princípios e regras do DIH para melhor aplicar as regras da CADH (e definir seu “conteúdo e alcance”). A seguir, cada uma dessas constatações será brevemente desenvolvida.

Quanto ao (i), observa-se que o caso *Bámaca Velásquez* já trazia a ideia de que certas ações ou omissões dos Estados que violam direitos humanos também podem violar instrumentos de DIH, como as CGs. No caso *Hermanas Serrano Cruz*, o voto dissidente do Juiz Cançado Trindade foi assertivo ao afirmar que DIH e DIDH compartilham um mesmo “núcleo” de direitos: as normas *jus cogens*. No entanto, esse posicionamento se intensificou significativamente apenas a partir do caso *Masacre de Santo Domingo*, que representou o “ponto de virada” na jurisprudência da Corte no que diz respeito ao tratamento do DIH. Neste caso, consolidou-se o entendimento de que violações da CADH também representam violações de DIH, como, por exemplo, o Art. 4º da CADH e o Art. 3º Comum das CGs em situações de CANIs. Em *Cruz Sánchez*, a Corte afirma expressamente que o direito à vida consagrado na CADH continua a se aplicar em situações de conflito armado, o que coincide com a margem de proteção do DIH.

Em relação ao (ii), nota-se que o primeiro caso a utilizar de uma linguagem mais similar àquela utilizada em instrumentos de DIH é o *Hermanas Serrano Cruz*. Neste caso, ao tratar da aplicação de DIH, a Corte, pela primeira vez, passa a se referir ao conflito armado em El Salvador como um “conflito de índole não internacional”. Ainda que “índole” não seja um termo comumente utilizado para definir esse tipo de conflito, a ideia por detrás parece ser exatamente a de se aproximar da forma como o DIH refere-se aos conflitos. O caso mais significativo neste aspecto, no entanto, é o caso *Cruz Sánchez*, em que a Corte IDH lida com questões militares extremamente técnicas e, para tanto, adota terminologia própria do vocabulário utilizado em DIH, como, por exemplo, *hostilidades* e *hors de combat*.

O (iii) pode ser observado também a partir do caso *Hermanas Serrano Cruz*, quando a Corte se refere ao conflito em El Salvador como sendo um CANI. O mesmo ocorre no caso “*Masacre de Mapiripán*”, em que a Corte define o conflito armado na Colômbia como sendo de caráter não-internacional. A partir de *Masacre de Santo Domingo*, todos os casos subsequentes passaram a reconhecer os conflitos internos nos países como CANIs. Ainda que a Corte IDH não esteja deliberadamente classificando o conflito, que é algo próprio da prática do direito humanitário, referir-se aos conflitos da América Latina como CANIs é de particular importância, haja vista que isso enseja a aplicação de todo um regime de DIH específico e desenvolvido especialmente para situações de Conflitos Armados não-Internacionais.

Por último, o (iv) é o que mais evidencia o redirecionamento jurisprudencial da Corte IDH anteriormente referido. Desde *Las Palmeras*, reconhece-se a possibilidade de utilizar instrumentos de DIH para interpretar as normas da CADH. No entanto, pouco a pouco, a jurisprudência da Corte foi evoluindo de forma que os princípios e regras de DIH passaram a ser mais frequentemente referidos em situações de conflito armado, como nos casos *De La Cruz Flores* e *Masacres de Ituango*, ainda que de forma sutil. A mudança mais significativa, conforme já antecipado, ocorreu com o caso *Masacre de Santo Domingo*. Neste e nos dois subsequentes, *Operación Génesis* e *Cruz Sánchez*, a Corte passou a utilizar princípios e regras do DIH explicitamente, dando conteúdo a elas e aplicando essas regras no caso concreto. Ainda que não tenha responsabilizado Estados por violações dessas normas (até porque não tem competência para tanto), vinculou sua decisão sobre a violação do Art. 4º da CADH, por exemplo, à violação dos princípios da distinção, proporcionalidade e precaução (advindos do DIH, em se tratando de um contexto de conflito armado).

Portanto, ainda que a Corte não tenha assim se manifestado de forma expressa, essa prática caracteriza uma aplicação indireta das normas de DIH com vistas a uma aplicação direta das normas da CADH. Há, portanto, uma evolução da prática da Corte IDH no sentido de aplicar Direito Internacional Humanitário de forma indireta. Esta aplicação é ainda ratificada por meio de todos os outros elementos acima referidos. A linguagem, a classificação de conflitos e o reconhecimento da convergência entre as normas de DIH e DIDH demonstram uma iniciativa, por parte da Corte IDH, de melhor acomodar o regime de direito humanitário no Sistema Interamericano para que se possa chegar no objetivo de se aplicar indiretamente normas de DIH em situações de conflito armado.

Na direção desse novo entendimento jurisprudencial da Corte, uma situação de conflito armado como conteúdo fático dos casos sob sua apreciação parece exigir, portanto, a aplicação indireta das normas de DIH para que as normas da CADH sejam aplicadas de forma adequada nesse contexto. Posto de outra forma, em situações de conflito armado, a aplicação indireta de normas de DIH resultam em uma melhor aplicação da CADH. Consequentemente, há uma aplicação (direta) mais adequada dos direitos humanos consagrados na CADH no plano concreto. Na opinião deste autor, este é o principal resultado obtido a partir da análise empírica proposta neste trabalho, conforme pode ser visualizado na Figura 4 abaixo.

Figura 4: Resultados do teste empírico

Fonte: elaboração própria.

Neste momento, é necessário retornar ao problema de pesquisa inicial deste trabalho: do ponto de vista da proteção humana, é desejável que a Corte IDH *aplique* DIH? Para responder este questionamento, formulou-se a hipótese inicial de que, sim, poderia ser desejável o uso dos tribunais de direitos humanos, a exemplo da Corte IDH, como um instrumento para responsabilizar Estados e reparar vítimas de violações do DIH. Esta hipótese se confirma?

Para tanto, é necessário realizar algumas considerações. A pergunta de a aplicação de DIH pela Corte IDH ser desejável, ou não, tem como critério a proteção da pessoa humana. O objetivo do trabalho foi, portanto, verificar se uma possível aplicação de direito humanitário pela Corte garante uma maior margem de proteção aos indivíduos na prática do órgão. Considerando o posicionamento tradicional e, até então, consolidado da Corte de apenas ser competente para interpretar normas de DIH, buscou-se, com este trabalho, verificar, primeiro, se haveria alguma margem ou prática para uma efetiva aplicação de DIH pelo órgão. Provou-se que, sim, ainda que seja uma aplicação indireta e moderada; porém ainda aplicação. E, segundo, no caso de existir margem para uma aplicação de DIH, pretendeu-se investigar se tal aplicação poderia contribuir para a proteção dos direitos dos indivíduos no plano concreto. Isto também foi confirmado, uma vez que a aplicação indireta do DIH pela Corte IDH, conforme demonstrado, garante uma melhor aplicação da CADH em situações de conflito armado e, conseqüentemente, uma aplicação (direta) mais adequadas dos direitos humanos, previstos na CADH, no caso concreto.

Portanto, confirma-se a hipótese inicial. Ainda que a aplicação de DIH pela Corte seja indireta e ainda relativamente limitada, a responsabilização dos Estados pela violação de

normas da CADH, em situações de conflito armado, perpassa por uma análise de violações de normas (sobretudo princípios) de DIH. Dessa forma, a Corte IDH, ao fazer referência e analisar os institutos de DIH em suas decisões, está demonstrando, para os Estados membros do SIDH, a importância de se garantir respeito às normas humanitárias. Além disso, ao responsabilizar Estados e condená-los a efetuar reparação às vítimas por violações da CADH, está, ao mesmo tempo, reparando vítimas por violações de DIH (já que este está sendo, de alguma forma, aplicado em conjunto). Esta conclusão pode ser observada na Figura 5 abaixo.

Figura 5: Confirmação da hipótese formulada



Fonte: elaboração própria.

Conforme demonstrado pela Figura acima, a confirmação da hipótese encontra suporte na literatura mais recente sobre o tema. Segundo Cardona (2010), a distinção entre *interpretar* e *aplicar* normas de DIH no SIDH, ainda que formalmente correta, é irrelevante na prática. Isto porque, ao interpretar disposições de direito humanitário, a Corte IDH, ainda que não esteja exercendo um controle direto dos alcances deste último estatuto normativo, indiretamente está reforçando seu cumprimento. Dessa forma, para o autor, a CADH resulta em ser uma via indireta para obrigar os Estados americanos a cumprir com as normas humanitárias.

Nesse sentido, a Corte Interamericana, ao aplicar DIH indiretamente, pode representar um importante mecanismo para que se garanta o respeito às normas humanitárias. Além disso, a Corte tem potencial para desenvolver sua jurisprudência no tema e se constituir como um importante fórum para implementação e desenvolvimento do Direito Internacional

Humanitário, o que está em consonância com as posições adotadas por Dunkelberg (2017), Rivas (2017) e Shelton (2014), conforme já referido na seção 2.3.3. É inegável que há falhas e que, assim como pontua Max (2019), falta conhecimento especializado dos juízes para tratar de questões específicas de DIH. No entanto, este não deve ser um impedimento para que a Corte continue avançando no que tange à aplicação de Direito Internacional Humanitário.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A convergência entre Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos com vistas à proteção da pessoa humana parece ter se tornado inquestionável. Ainda que ambos regimes tenham nascido com finalidades e em contexto distintos, cada um, sob seu respectivo ângulo, exerce importante papel na proteção da pessoa humana no plano internacional. Seja por meio da aplicação do Art. 3º Comum às CGs em Conflitos Armados não-Internacionais ou do Art. 4º da CADH sobre o direito à vida no SIDH, cada um, à sua maneira, tem importante parcela na manutenção de um regime jurídico internacional de proteção dos direitos humanos. Este espaço de complementariedade e atuação conjunta dos dois regimes, em que há um “núcleo” de direitos compartilhados entre ambos, é a chamada “intersecção” entre DIH e DIDH que este trabalho buscou apresentar, ainda que de forma breve e introdutória.

No entanto, por constituírem relações próximas (KOLB, 1998), pode haver divergência entre os dois regimes quando eles regulam de formas diferentes um mesmo fato. Isto porque o direito do conflito armado foi criado especificamente para regular situações de guerra, de forma que apenas é aplicável nesse contexto. O direito dos direitos humanos, por outro lado, foi desenvolvido para garantir direitos básicos seja qual for a circunstância, aplicando-se, dessa maneira, tanto em tempos de paz quanto de conflito armado. Em uma situação de guerra, quando ambos regimes são teoricamente aplicáveis, o entendimento majoritário é o de que se aplique DIH, uma vez que este constitui *lex specialis* na situação de conflito armado – com regras e princípios específicos e mais adequados para este tipo de situação. No entanto, a teoria da *lex specialis* é bastante questionada atualmente. Entre os críticos, essa teoria levaria a uma negligência quase que total do regime de DIDH, ainda que a norma deste último seja mais protetiva. Por este motivo, abordagens alternativas têm sido desenvolvidas, como a de Sassòli (2019), por exemplo, que sugere seja determinada qual norma divergente constitui a *lex specialis* em cada situação específica, levando em conta também os objetivos sistêmicos gerais do direito internacional. Este, no entanto, ainda é um campo aberto para debate e futuros desenvolvimentos.

Nesse contexto, mecanismos internacionais criados especificamente para proteção de direitos humanos (e, portanto, para aplicar normas de DIDH) têm se engajado em apreciar casos que lidem com DIH, especialmente considerando que hoje já é amplamente reconhecido que

obrigações de direitos humanos permanecem existindo durante o contexto de guerra. Um bom exemplo dessa iniciativa são os sistemas regionais de direitos humanos, que têm dado passos gigantes atualmente no sentido de aumentar a proteção de civis em situações de conflitos armados (BOWRING, 2018). Dentre esses sistemas, destaca-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que, desde os anos 1990, tem apresentado vasta experiência no tema, tanto no âmbito da Corte IDH quanto da CIDH.

É exatamente diante desse contexto teórico que o presente trabalho buscou compreender a possibilidade de uma real aplicação de direito humanitário por uma jurisdição própria de direitos humanos, considerando que o regime de DIH é relativamente escasso em seus mecanismos de implementação e que as situações de conflito armado hoje são cada vez mais frequentes, especialmente na América Latina. É por este motivo que o SIDH detém papel tão chave na garantia de direitos humanos, no geral, e proteção de categorias de indivíduos, especificamente, no contexto das Américas. Aqui, vale retomar, portanto, a pergunta de pesquisa suscitada na introdução deste trabalho: do ponto de vista da proteção da pessoa humana, é desejável que a Corte Interamericana aplique direito humanitário? Esta pergunta, já enfrentada por outros autores, tende a gerar posicionamentos mais críticos em relação ao que realmente os órgãos do SIDH têm feito na prática. A maioria dos autores critica o posicionamento adotado pelo Sistema, especialmente a CIDH, de buscar uma aplicação mais direta das normas de DIH, ainda que o órgão não tenha competência para tal e que os juízes e comissários não possuam conhecimento especializado nos temas atinentes ao DIH. Essas abordagens motivaram esta monografia a responder o problema proposto por meio de um estudo de caso da Corte IDH, cuja técnica de pesquisa centrou-se na análise empírica das suas decisões – a chamada “análise-principal”. Ao longo deste trabalho, notou-se que a pesquisa empírica é realmente efetiva no sentido de fornecer respostas a problemas jurídicos que não são capazes de serem respondidos por outros métodos ou somente no plano teórico.

O primeiro capítulo do trabalho, que contextualizou, de inúmeras formas, o debate sobre a aplicação de DIH por tribunais de direitos humanos, constitui parte da “análise-suporte” proposta. As seções sobre as origens do DIH e DIDH mostram como o primeiro influenciou o surgimento do segundo e como esse aspecto é central na tentativa de estabelecer atualmente os limites de cada um e a maneira como se relacionam. Da mesma forma, os instrumentos e mecanismos de implementação de cada um, apesar de distintos, também passam a se conectar no intuito de acomodar uma aplicação conjunta desses dois regimes no contexto do conflito

armado. Até mesmo no âmbito do Direito Internacional Penal essa relação está presente, a exemplo do TPI, que hoje, ao condenar indivíduos por graves violações das Convenções de Genebra (dentre outros crimes previstos no Estatuto de Roma), representa um importante fórum de repressão de graves violações de direitos humanos no plano internacional. As seções sobre a intersecção entre DIH e DIDH e sobre a teoria da *lex specialis* demonstram o quão complexo pode ser a tentativa de acomodar ambos corpos jurídicos e buscar por uma aplicação conjunta de suas normas, ao menos no plano teórico. No plano prático, a literatura diverge quanto à possibilidade de se aplicar normas de DIH em tribunais de direitos humanos, apesar das recentes experiências europeia, africana e interamericana. No entanto, as publicações mais recentes têm destacado a importância que os sistemas regionais, em especial o SIDH, têm no desenvolvimento do direito humanitário e na garantia do respeito às suas normas.

Ainda no que diz respeito à “análise-suporte”, os casos da CIDH demonstraram a iniciativa inovadora que o órgão adotou, durante os anos 1990, de aplicar normas de DIH de forma direta e autônoma, responsabilizando os Estados por violações a essas normas. Como foi discutido ao longo do trabalho, tal posição foi fortemente criticada, especialmente pela literatura especializada no tema. O exame dos casos da CIDH demonstrou que, apesar da abordagem inovadora em relação às normas do DIH no início, o órgão modificou sua prática a partir dos anos 2000, após a decisão no caso *Las Palmeras*, da Corte IDH. A CIDH passou, portanto, a adotar posicionamento mais moderado: aplicação das normas de DIH eram conjuntas com os dispositivos da CADH, e não mais autônoma. Portanto, o que se observou foi o contrário: a Corte IDH foi quem influenciou a prática da Comissão; e não o contrário, como se havia pensando inicialmente.

Já a análise empírica do trabalho, que constitui a chamada “análise-principal”, concentrou os principais objetivos inicialmente formulados para esta pesquisa: compreender como DIH é interpretado pela Corte IDH e investigar se existe margem para uma efetiva aplicação de DIH na Corte. Conforme já detalhadamente apresentado na seção anterior, a Corte iniciou sua prática jurisprudencial no tema com uma posição extremamente ortodoxa, em 2000, no caso *Las Palmeras*, limitando sua competência a apenas aplicar dispositivos da CADH e interpretar normas de DIH. Sua última decisão no assunto, em 2015, no caso *Cruz Sánchez*, evidenciou uma significativa, ainda que sutil, mudança de posicionamento: os princípios e regras do DIH, hoje, são indiretamente aplicados pela Corte IDH objetivando uma aplicação direta das normas da CADH. Esta ideia basicamente resume o resultado da análise empírica

deste trabalho: em situações de conflito armado, a aplicação indireta de normas de DIH resultam em uma melhor aplicação da Convenção Americana; por consequência, há uma aplicação direta, mais adequada, dos direitos humanos consagrados na CADH no caso concreto.

Na visão deste autor, o resultado desta análise empírica ratifica a importância dos sistemas regionais, em particular do SIDH, como fóruns de implementação e desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário. Este é um ramo muito importante do DIP e um dos mais antigos. Cria obrigações necessárias aos Estados e atores não-estatais envolvidos em conflitos armados no intuito de limitar o emprego da violência, especialmente no contexto de CANIs – que são os mais frequentes atualmente (principalmente na América Latina). Tais normas têm muito a contribuir para o regime internacional de proteção da pessoa humana. Por este motivo, não apenas o DIH e DIDH, mas o DIP como um todo fornece regras extremamente valiosas para a natureza das relações e transações que temos nos dias atuais.

Nesse sentido, o DIP, para além de todas as suas funções, também regula o comportamento humano, mesmo quando há o emprego de violência, e mesmo quando elementos essenciais da estrutura organizacional da comunidade nacional ou internacional desmoronam-se. É neste contexto que emerge a regulação internacional em DIH. Não há ordenamento jurídico doméstico que contenha regras (similares ao DIH) sobre como aqueles que violam as regras primárias desse ordenamento devem comportar-se enquanto as violam (SASSÒLI, BOUVIER e QUINTIN, 2011). Isto demonstra a importância das regras estabelecidas pelo DIH como forma de amenizar as consequências causadas pela violência que é empregada pelos Estados e demais atores em situações de conflito armado.

No Brasil, o estudo do DIP ainda é pouco valorizado, motivo pelo qual há poucas iniciativas de pesquisa e projetos na área. Há pouca bibliografia de qualidade escrita sobre o tema, especialmente no campo do DIH. A bibliografia consultada neste trabalho foi quase que inteiramente estrangeira (nos idiomas inglês e espanhol) em razão da ausência de textos em português sobre o tópico, que é tão importante para a nossa realidade – a proteção de indivíduos frente à violência dos conflitos armados e a prática do sistema regional de direitos humanos do continente americano. Portanto, esta monografia também tem por objetivo contribuir para a academia brasileira, ainda que minimamente, com uma breve introdução sobre o tema da aplicação do Direito Internacional Humanitário no Sistema Interamericano e, quem sabe, incentivar novos trabalhos, em português e escritos por brasileiros, no tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALSTON, P.; GOODMAN, R. **International Human Rights: Text and Materials**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 2008. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Uni_das_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BASSIOUNI, M. C. International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 59, n. 4, p. 63-74, Autumn 1996.

BOWRING, B. The Death of Lex Specialis? Regional Human Rights Mechanisms and the Protection of Civilians in Armed Conflict. In: LATTIMER, M.; SANDS, P. **The Grey Zone: Civilian Protection Between Human Rights and the Laws of War**. 1. ed. Oxford: Hart Publishing, 2018. p. Capítulo 10.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do TPI. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 29 nov. 2019.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Tradução oficial para o português. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 23 nov. 2019.

_____. Decreto nº 8.767, de 11 de Maio de 2016. Promulga convenção firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Tradução oficial para o português. **Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado**, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BUIS, E. J. The Implementation of International Humanitarian Law by Human Rights Courts: The Example of the Inter-American Human Rights System. In: ARNOLD, ; QUÉNIVET, **International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law**. 1. ed. [S.l.]: Brill/Nijhoff, 2008. p. 271-293.

BURGORGUE-LARSEN, L.; TORRES, A. U. D. “War” in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, v. 33, n. 1, p. 148-174, Fevereiro 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23015984>.

CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. 1, 2003.

CARDONA, A. A. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: una relación problemática. In: MALARINO, E.; AMBOS, K.; ELSNER, G. **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional**. 1. ed. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2010. p. 125-170.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Monsignor Oscar Amulfo Romero y Galdámez v. El Salvador, Case 11.481, Report N. 37/00**. Organização dos Estados Americanos. Washington, EUA. 13 abr. 2000.

_____. **Hugo Bustios Saavedra v. Peru, Case 10.548, Report N. 38/97**. Organização dos Estados Americanos. Washington, EUA. 16 out. 1997a.

_____. **Juan Carlos Abella v. Argentina, Case 11.137, Report N. 55/97**. Organização dos Estados Americanos. Washington, EUA. 18 nov. 1997b.

_____. **Ignacio Ellacuria, S. J. et al. v. El Salvador, Case 10.488, Report N. 136/99**. Organização dos Estados Americanos. Washington, EUA. 22 dez. 1999a.

_____. **Coard et al. v. United States, Case 10.951, Report N. 109/99**. Organização dos Estados Americanos. Washington, EUA. 29 set. 1999b.

_____. **Arturo Ribón Avila v. Colombia, Case 11.142, Report N. 26/97**. Organização dos Estados Americanos. Washington, EUA. 30 set. 1997c.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV). **ICRC Annual Report 2018**, 2019. Disponível em: <<https://www.icrc.org/data/files/annual-report-2018/icrc-annual-report-2018.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

_____. International Humanitarian Law and International Human Rights Law: Similarities and differences [Legal factsheet]. **ICRC Advisory Service on International Humanitarian Law**, 31 Janeiro 2003. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-international-human-rights-law-similarities-and>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. **Respuestas a sus preguntas**. 1. ed. Genebra: CICV, 2005.

_____. **Customary international humanitarian law**, 2010. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/document/customary-international-humanitarian-law-0>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Thematic Consultation of Government Experts on Conditions of Detention and Particularly Vulnerable Detainees. **Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of their Liberty**, 2014a. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-first-thematic-consultation-government-experts>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. What is international humanitarian law?. **ICRC Advisory Service on International Humanitarian Law [Legal Factsheet]**, 2014b. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/document/what-international-humanitarian-law>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE EDH). Application N° 29750/09. Grand Chamber. Judgment, 16 September 2014. **Hassan v. United Kingdom**, 2014. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo). San José, Costa Rica. 2000a.

_____. **Caso Las Palmeras v. Colombia**. Sentencia de 4 de febrero de 2000 (Excepciones Preliminares). San José, Costa Rica. 2000b.

_____. **Caso Las Palmeras v. Colombia**. Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (Fondo). San José, Costa Rica. 2001.

_____. **Caso De La Cruz Flores v. Perú**. Sentencia de 18 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas). San José, Costa Rica. 2004a.

_____. **Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador**. Sentencia de 23 de noviembre de 2004 (Excepciones Preliminares). San José, Costa Rica. 2004b.

_____. **Caso de la "Masacre de Mapiripán" v. Colombia**. Sentencia de 15 septiembre de 2005. San José, Costa Rica. 2005.

_____. **Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia**. Sentencia de 1 de Julio de 2006. San José, Costa Rica. 2006.

_____. **Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú**. Sentencia de 2 de agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas). San José, Costa Rica. 2008.

_____. **Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia**. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones). San José, Costa Rica. 2012.

_____. **Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia**. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, Costa Rica. 2013.

_____. **Caso Cruz Sánchez y Otros v. Perú**. Sentencia de 17 de abril de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, Costa Rica. 2015.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Judgment of 5 February 1970 (Second Phase). Preliminary Objections. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)**, 1970. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

_____. Advisory Opinion of 8 July 1996. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**, 1996. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Advisory Opinion of 9 July 2004. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**, 2004. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Judgment of 19 December 2005. **Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)**, 2005. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

CRAWFORD, J. **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DINSTEIN, Y. **War, Aggression and Self-Defence**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

DUFFY, H. **The 'War on Terror' and the Framework of International Law**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

DUNKELBERG, A. G. There and Back Again: The Inter-American Human Rights System's Approach to International Humanitarian Law. **SSRN Electronic Journal**, [s.l.], p. 1-41, Março 2017.

DUNOFF, J. L.; RATNER, S. R.; WIPPMAN, D. **International Law: norms, actors, process: a problem-oriented approach**. 2. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2006.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Convenção sobre os Direitos da Criança**, 1989. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

GARCIA, E. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não Convencional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HAILBRONNER, M. Laws in conflict: The relationship between human rights and international humanitarian law under the African Charter on Human and Peoples' Rights. **African Human Rights Law Journal**, Pretoria, v. 16, n. 2, p. 339-364, 2016.

HENRIKSEN, A. **International Law**. 1. ed. Oxford : Oxford University Press, 2017.

KOLB, R. The relationship between international humanitarian law and human rights law: A brief history of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions. **International Review of the Red Cross**, Genebra, v. 38, n. 324, p. 409-419, Setembro 1998.

LIGA DAS NAÇÕES. The Covenant of the League of Nations (Including Amendments adopted to December, 1924). **The Avalon Project: Documents in Law, History and Diplomacy**. Lillian Goldman Law Library, Yale Law School, 1924. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp>. Acesso em: 11 nov. 2019.

MACHADO, M. R. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, M. R. **Pesquisar empiricamente o direito**. 1. ed. São Paulo: Rede de Pesquisa Empírica em Direito, 2017. p. 357-390. ISBN 978-85-94172-00-6.

MARTIN, F. F. et al. **International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases, and Analysis**. 1. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

MAX, É. **Implementing International Humanitarian Law Through Human Rights Mechanisms: opportunity or utopia?** Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Genebra, p. 22. 2019.

MELLO, C. D. D. A. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (MPSP). Direitos Humanos: Documentos Internacionais. Direito Humanitário (tradução para o português). **Convenções de Genebra de 1949**, 1949. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/normativa_internacional/Sistema_ON_U/DH.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2019.

_____. Direitos Humanos: Documentos Internacionais. Direito Humanitário (tradução para o português). **Protocolos Adicionais de 1977 às Convenções de Genebra**, 1977. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/normativa_internacional/Sistema_ON_U/DH.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 1º dez. 2019.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 22 Novembro 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 Novembro 2019. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica.

_____. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador"**, 1988. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 23 nov. 2019.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed., rev, ampl. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIVAS, J. M. I. International Humanitarian Law in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 16, n. 16, p. 225-244, Novembro 2017.

SASSÒLI, M. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. 1. ed. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019.

SASSÒLI, M.; BOUVIER, A. A.; QUINTIN, A. **How does law protect in war? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law**. 3. ed. Genebra: ICRC, v. 1, 2011.

SHELTON, D. Humanitarian law in the Inter-American human rights system. In: WET, E. D.; KLEFFNER, J. **Convergence and Conflicts of Human Rights and International Humanitarian Law in Military Operation**. 1. ed. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2014. p. 365-393.

SIVAKUMARAN, S. International Humanitarian Law. In: MOECKLI, D., et al. **International Human Rights Law**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014. p. 503-520.

SWINARSKI, C. **A Norma e a Guerra**: palestras sobre direito internacional humanitário. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

TOMUSCHAT, C. **Human Rights**: Between Idealism and Realism. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA ANTIGA IUGOSLÁVIA (TPII). Judgment of 10 Dezembro 1998. **Prosecutor v. Furundžija**, 1998a. Disponível em: <<https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Judgment of 22 february 2001. Trial Chamber. Case No.: IT-96-23-T & IT-96-23/1-T. **Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovick**, 2001. Disponível em: <<https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2009.

_____. Judgment of 16 November 1998, Trial Chamber. **Prosecutor v. Delalic et al.**, 1998b. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

VAN AGGELEN, J. G. C. Withering International Human Rights and Humanitarian Law Principles at the Turn of the Millennium: reflections on Guantanamo and beyond. In: ZEBRINI RIBEIRO LEÃO, R., et al. **Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos**: ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. 4, 2005. p. 67-153.

ZEGVELD, L. The Inter-American Commission on Human Rights and international humanitarian law: A comment on the Tablada Case. **International Review of the Red Cross**, Genebra, v. 38, n. 324, p. 505-511, 1998. ISSN doi:10.1017/S0020860400091294.