

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

MARIO JORGE PHILOCREON DE CASTRO LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Florisbal de Souza Del Olmo; William Paiva Marques Júnior; Mario Jorge Philocreon De Castro
Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-083-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Internacional”, no âmbito do I Encontro Virtual do CONPEDI, realizado entre os dias 23 a 30 de junho de 2020, de forma totalmente on-line por força das medidas de isolamento e distanciamento sociais recomendadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelo Ministério da Saúde como ações necessárias ao enfrentamento da pandemia do Coronavírus- SARS/COV-2- COVID-19, e que teve como temática central “Constituição, cidades e crise”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma percuciente diversas temáticas atinentes ao Direito Internacional, especialmente: migração; normas internacionais humanitárias; deslocados ambientais; energias renováveis na União Europeia; convenção multilateral na União Europeia; controle de convencionalidade; acordos internacionais em tecnologias de saúde; PROSUL; acordo MERCOSUL- União Europeia; contratos de utilização no navio; Trafficking Victims Protection Act (TVPA); mecanismos de combate à criminalidade transnacional; empresas e direitos humanos; transformação no Direito Internacional na América Latina; “jus cogens”; controle de constitucionalidade de decretos que internalizam tratados internacionais comuns; índice de desenvolvimento humano na América Latina; agenda 2030 da ONU; cooperação internacional; Brasil na OCDE; historiografia no Direito Internacional; investimentos do BNDES, corrida espacial internacional e globalização na função judicial.

Ynes Da Silva Félix e Roberta Seben abordam a crise existente em razão do grande fluxo de migrantes e refugiados que adentram em seus países. Com o intuito reduzir a crise migratória, pactos foram instituídos. Contudo, a obrigação de auxílio esbarra com a problemática financeira de cada país, o que traz a necessidade de busca de soluções entre eles.

Elder Maia Goltzman e Monica Teresa Costa Sousa investigam o dever de aplicação do Direito Internacional Humanitário (DIH) nos casos de conflitos armados internos, quando há luta no interior de um Estado. O principal fundamento é a flexibilização do conceito tradicional de soberania face às normas jus cogens que representam um limite à atuação do Estado e possibilitam a aplicação de normas internacionais em conflitos domésticos.

André Ricci de Amorim reflete sobre as vítimas de deslocamentos forçados no mundo atual a partir das razões que justificam a concessão da proteção internacional, considerando a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo de Nova York de 1967, bem como aborda a questão do reconhecimento da tutela jurídica ao deslocado ambiental e apresenta algumas iniciativas em matéria de proteção ao deslocado ambiental.

Gabriel Pedro Moreira Damasceno e Raysa Antonia Alves Alves investigam os impactos constatáveis para o Direito Internacional (DI) Contemporâneo da pluralidade de sujeitos e atores não estatais emergentes na Sociedade Internacional.

Othon Pantoja Oliveira de Azevedo aborda a aplicação da Diretiva 2009/28/CE (DER/2009) que regula respeito das energias renováveis da União Europeia como um passo necessário para tentar concretizar as abstrações estabelecidas pelo Direito Internacional Público em relação às mudanças climáticas.

Mariana Passos Beraldo, Fernando Passos e Augusto Martinez Perez Filho tratam do contexto da globalização e os diferentes regimes fiscais nacionais que acirraram a competição fiscal internacional. Elucidam que a concorrência fiscal não é no todo maléfica, contudo, sua utilização de forma exacerbada, a fim de atrair investimentos estrangeiros e tornarem Estados mais competitivos, é prejudicial e responsável pela chamada corrida para abismo.

Felipe César Santiago de Souza e Daniel Machado Gomes analisam a recente condenação do Brasil pela postura omissiva em investigar o assassinato do jornalista Vladimir Herzog, demonstrando a insuficiência de políticas públicas nacionais para a justiça de transição, perante os tratados e convenções de direitos humanos firmados pelo próprio Estado brasileiro.

Junia Gonçalves Oliveira e Lorena Oliveira Rosa propõem uma análise em torno do controle de convencionalidade conforme a qual as normas internas e os tratados podem se complementar para que os direitos humanos sejam alcançados e efetivados nos tribunais trabalhistas, demonstrar que instituto é fonte necessária para aplicação das normas internacionais.

André Luiz Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha investiga os contratos de utilização do navio, trazendo noções acerca da história e importância do comércio marítimo, notadamente o internacional, e do seu estudo no campo jurídico. Enfoca, de início, o contrato de locação (afretamento a casco nu) e o contrato de locação do navio.

Arisa Ribas Cardoso expõe o Trafficking Victims Protection Act (TVPA), legislação que, dentre outras medidas, prevê a análise dos esforços de outros países no enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e a sua classificação a partir dos critérios da lei estadunidense. Essa classificação é utilizada para fins de concessão, não concessão ou retirada de programas de assistência a outros países pelo governo dos EUA, gerando efeitos extrínsecos de uma legislação doméstica, permitindo sua utilização inclusive como mecanismo de política externa.

João Hagenbeck Parizzi, Samir Alves Daura e Fausto Amador Alves Neto perquirem sobre o sistema de proteção internacional de direitos humanos dos trabalhadores em relação à atuação das empresas transnacionais, sua atual conjuntura, algumas de suas falhas e as discussões para remediá-las.

Larissa Ramina e Laura Maeda Nunes analisam as alterações recentes na doutrina do Direito Internacional na América Latina, dedicando-se aos impactos do colonialismo nos povos latinos.

Carla Noura Teixeira e Mauro Augusto Ferreira da Fonseca Junior apresentam as bases teóricas a fim de que justifique a criação de um Tribunal Constitucional Internacional com base no Jus Cogens Internacional.

William Paiva Marques Júnior busca analisar a complexa realidade contemporânea nos países da América do Sul demonstra a existência de diversos fatores que desafiam a efetividade do PROSUL, ressaltando que a viabilidade de projetos integracionistas regionais deposita suas esperanças na ampliação da democracia, do constitucionalismo e da cidadania.

Jamile Gonçalves Calissi propõe uma análise sobre a espécie legislativa apontada no artigo 59 da Constituição Federal de 1988 denominada decreto legislativo, apresentando todo o seu procedimento geral, instruído pelo Regimento Interno Comum do Congresso Nacional, bem como aquele empreendido na aprovação de tratados internacionais comuns. Ao final, aborda a questão do controle de constitucionalidade afeita ao assunto, explicando a possibilidade de fiscalização abstrata de constitucionalidade sobre os decretos legislativos e concluindo pela impossibilidade de tal fiscalização diretamente sobre os tratados internacionais.

Nádia Regina da Silva Pinto visa debater as perspectivas democráticas contemporâneas relacionadas ao índice de Desenvolvimento Humano- IDH dos países da América Latina no incremento de políticas públicas voltadas ao aumento da qualidade de vida.

Mario Jorge Philocreon de Castro Lima prevê que o implemento do recente Acordo de Associação União Europeia – Mercosul estabelecerá um novo sistema de solução de controvérsias, destinado a atender às eventuais demandas surgidas no âmbito do Acordo, e sua vigência futura induzirá a coexistência de dois sistemas de solução de controvérsias de natureza interestatal no Mercosul, embora dirigidos para operações de diferentes destinação comercial, fazendo-se necessário observar a composição desses dois sistemas solução de controvérsias em razão das alternativas que oferecem aos operadores econômicos dos países membros dos dois blocos, para solucionar suas eventuais divergências.

Tuana Paula Lavall e Giovanni Olsson analisam em que medida, a economia solidária, movimento social de dimensões globais, pode contribuir para esse intento. De forma específica, recuperam aspectos da construção do conceito de desenvolvimento sustentável pluridimensional e da sua emergência nova Agenda; apresenta o modelo de governança nela adotado, destacando o papel dos atores não estatais; e caracteriza o movimento da economia solidária como ator relevante.

Geralcilio José Pereira da Costa Filho perquire sobre as normas editadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) ante a Reforma Trabalhista, por meio do controle de convencionalidade, que busca aferir a compatibilidade das leis, a exemplo da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, às normas de Direito Internacional.

Sébastien Kiwonghi Bizawu e Pedro Andrade Matos examinam os desafios da cooperação internacional para a redução da pobreza nos países em desenvolvimento e as armadilhas da política de ajuda e de empréstimos da China aos países africanos, bem como a eventualidade de condicionalidades nas economias emergentes dos países africanos e a política de interferência nos assuntos internos desses países-parceiros.

Jaqueline de Paula Leite Zanetoni demonstra as perspectivas para acessão do Brasil junto à OCDE e analisa os seus impactos no direito interno.

Juliana Muller revela que o Direito Internacional foi moldado de acordo com pretensões europeias de dominação colonial, e a historiografia da matéria representa ainda hoje estes interesses, naturalizando e legitimando uma pretensa superioridade de alguns povos sobre outros, propondo meios pelos quais esta hegemonia pode ser contraposta, partindo da comprovação da Ocidentalização da matéria, explanando as consequências desta distorção e expondo alguns dos esforços na direção da descolonização da disciplina para, finalmente, averiguar como é possível tornar esta historiografia mais plural e justa.

Catharina Orbage De Britto Taquary e Eneida Orbage De Britto Taquary investigam a migração decorrente de catástrofes ambientais que impõe ao indivíduo o abandono de sua cultura em seu país, determinando sua condição de refugiado ambiental e conseqüentemente o processo de aculturação. A problemática consiste na necessidade e dever do Estado que recebe o refugiado no fornecimento de proteção, integração e garantia dos direitos fundamentais aos refugiados ambientais.

Joaner Campello de Oliveira Junior revela que o BNDES vem se estruturando institucionalmente e apoiando projetos pautados no marco internacional do desenvolvimento sustentável. Em outro trabalho, o mesmo autor aborda as perspectivas desta nova corrida espacial no marco jurídico do Direito Internacional Espacial.

Glauco Ferreira Maciel Gonçalves, Érico Andrade e Alex Lamy de Gouvea abordam aspectos da cooperação judiciária transnacional entre magistrados, como a cada vez mais global jurisprudência constitucional, a crescente interação judicial e o desenvolvimento de uma doutrina distinta do judicial comity, dentre outros que, juntos, representam a construção gradual de sistema legal global no qual os juízes começam a se reconhecer como participantes de um empreendimento judicial comum e membros de uma profissão que transcende as fronteiras nacionais.

Com grande satisfação os coordenadores apresentam a presente obra, agradecendo aos autores /pesquisadores envolvidos em sua produção pelas ótimas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do venturoso e inovador evento, realizado pela primeira vez de forma integralmente virtual.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade mundial sob a óptica internacionalista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Internacional no contexto contemporâneo.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo- UNICURITIBA

Prof. Dr. Mario Jorge Philocreon de Castro Lima- UFBA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC

Nota técnica: O artigo intitulado “A aplicabilidade de normas internacionais humanitárias em conflitos armados não internacionais” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Internacional apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Internacional. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A APLICABILIDADE DE NORMAS INTERNACIONAIS HUMANITÁRIAS EM CONFLITOS ARMADOS NÃO INTERNACIONAIS

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND ITS APPLICABILITY IN NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS

Elder Maia Goltzman ¹
Monica Teresa Costa Sousa ²

Resumo

A guerra acompanha o homem; conflitos foram travados sob justificativas distintas: territórios, dominação e escravidão são exemplos. O desenvolvimento armamentista tornou esta questão vital. O Direito Internacional Humanitário é o ramo do Direito Internacional aplicado nos casos de beligerância entre Estados. Este artigo sustenta o dever de aplicação do DIH nos casos de conflitos armados internos, quando há luta no interior de um Estado. O principal fundamento é a flexibilização do conceito tradicional de soberania face às normas jus cogens que representam um limite à atuação do Estado e possibilitam a aplicação de normas internacionais em conflitos domésticos

Palavras-chave: Conflitos armados internos, Direito internacional humanitário, Soberania, Jus cogens

Abstract/Resumen/Résumé

War follows mankind throughout history. Different kinds of war were waged under distinct reasons: territorial conquest, imperialistic domination and enslavement.. Weaponry development, made this a vital matter for humanity. International Humanitarian Law (IHL) is a branch of International Law applied in situations of belligerence amongst states. This paper states that IHL must be applied also in situations of internal armed conflicts. The main reason for the applicability of IHL in such situations is the flexibilization of the traditional sovereignty idea before jus cogens norms. These norms represent a limit to state's power and make IHL applicable in domestic issues.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Internal armed conflicts, International humanitarian law, Sovereignty, Jus cogens

¹ Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir/UFMA). Analista Judiciário no TRE-Pará.

² Doutora em Direito (UFSC). Professora Associada na UFMA. Professora visitante na Universidade de Valencia (Espanha). Docente no PGCult/UFMA e PPGDir/UFMA.

Introdução

Conflitos armados sempre foram presentes na humanidade. A guerra, em suas mais remotas versões, acompanha a evolução da sociedade e como tal não poderia prescindir de regulamentação. Desta forma, a necessidade de codificar o que parece impossível é justamente a tarefa do Direito Internacional Humanitário. O que se tem, portanto, é a negativa da máxima que “na guerra, vale tudo”.

A proposta deste artigo é apresentar, por meio de pesquisa baseada em revisão bibliográfica e documental e ancorada no método dedutivo, que as normas de Direito Internacional Humanitário têm cumprimento obrigatório mesmo em conflitos internos, ou seja, aqueles que não envolvem duas ou mais coletividades estatais; a problemática que esta pesquisa enfrenta é responder se justamente por serem conflitos que não alcançam diretamente a comunidade internacional, nos conflitos armados não internacionais devem ser aplicadas, sem ressalva, as normas humanitárias.

A questão se faz atual porque desde o fim da Segunda Guerra Mundial o mundo não enfrenta um conflito de proporções globais ou mesmo continentais, localizando-se a imensa maioria dos combates em fronteiras territoriais internas. As conhecidas “guerras civis” crescem em escala assustadora, muitas vezes capitaneadas por ideais identitários ou religiosos, promovidas por grupos separatistas ou mesmo terroristas.

Certo que o Direito Internacional como um todo enfrenta dificuldades de aceitação pela comunidade internacional, de maneira geral, em razão da criticada efetividade de suas normas e complicada sistemática de imposição de sanções, sendo a questão da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, por exemplo, tida como entrave à observância de decisões internacionais. Decorrente direto do Direito Internacional, o Direito Internacional Humanitário, por sua vez, enfrenta tais problemas de maneira maximizada, vez que o cenário em que suas regras são aplicadas, por si só, já é delicado.

E justamente para afirmar a necessidade de aplicabilidade destas normas que este artigo se sustenta, isto é, na ideia de que as normas de Direito Internacional Humanitário são regras de *jus cogens* e como tais não apenas não podem ser afastadas, como são de cumprimento obrigatório. Para tanto, traz-se uma breve consideração sobre os limites atuais da soberania, instituto que em tese encastelaria um Estado em si mesmo, o que não mais ocorre. A soberania é apresentada com conceito maleável, que permite inclusive que um Estado aceite voluntariamente outra ordem normativa que não a sua. Em seguida, discute-se de que maneira são definidos, modernamente, os conflitos armados, a saber, conflitos armados internacionais e

conflitos armados não internacionais, para, finalmente, chegar-se ao ponto central do artigo, que é determinar o Direito Internacional Humanitário como norma de *jus cogens*, que não pode ser afastado ou descumprido, sob a justificativa de serem os conflitos “questões internas”.

1. A soberania: de conceito ofensivo a conceito defensivo

Não se pode falar de soberania sem falar, também, em Estado. Nas lições de Emerson Garcia (2009, p. 1), “a linha evolutiva da noção de soberania está intimamente articulada com a progressão histórica do Estado de Direito, concebido como estrutura orgânico-jurídica dotada de poder normativo e força coercitiva exclusiva sobre determinada comunidade”. Consoante expõe Rogério Tair (2009), algumas doutrinas políticas, como a advogada pelo historiador Eduardo Meyer e pelo antropólogo Wilhelm Koppers, entendem o Estado como uma sociedade natural, consequência da necessidade dos seres humanos de viverem sob a forma de grupos organizados e com objetivos comuns. Este modo de conceber o Estado é intitulado de teoria do Estado onipresente e apresenta a percepção de que o homem sempre viveu em uma organização possuidora de poder e com autoridade suficiente para determinar o comportamento coletivo.

Tair (2009) explana, ainda, a teoria do Estado construído, aduzindo que durante certo período histórico o Estado era uma alegoria inexistente na vida dos homens; no entanto, após certo tempo, teria sido instituído para atender às necessidades dos grupos sociais. Igualmente, de acordo com a corrente de pensamento em estudo, “o Estado é o produto humano da contradição entre classes sociais antagônicas. Eliminada a contradição, com a supressão das classes, o Estado também desapareceria” (TAIAR, 2009, p. 38).

Outra ideia, a tese do Estado soberano vê os entes estatais com características próprias e bem delineadas, com fundamento de validade e legitimidade estribado na concepção de soberania (TAIAR, 2009); vê-se pois que o elemento soberania está entranhado na definição de Estado, razão pela qual se passa, adiante, à análise deste ponto que gera grandes debates há muito tempo no campo do Direito e da Ciência Política. “Se é certo que o *boom* dos Direitos Humanos deu-se no pós Segunda Guerra Mundial, é de se notar – se quisermos ser honestos – que o *boom* da soberania vem ocorrendo de maneira ininterrupta há pelo menos quatro séculos” (FERREIRA, 2009, p. 103).

Expressar o que vem a ser soberania não é tarefa das mais gratas. “O conceito de soberania, em ciência política, é um dos mais complexos, com muitas definições, sendo que

algumas são totalmente contraditórias” (BENOIST, 2000, p. 1). Tradicionalmente, a soberania é analisada através de dois prismas distintos: o interno e o externo (BENOIST, 2000; FERREIRA, 2009; SILVA, 2019). Como assinala Carlos Henrique Ruiz Ferreira (2009), deve-se ter em mente que conquanto os conceitos possam ser separados um do outro para fins didáticos, não podem ser entendidos sem que se compreenda a correlação existente entre ambos.

Dessa forma, por soberania interna, classicamente, entende-se a relação de controle total, ou quase total, do rei sobre seus súditos, dentro de um dado território. Já por soberania externa, como o próprio nome indica, trata-se da relação de afirmação de uma unidade territorial, comandada por um soberano, em relação a outra. Portanto, para que haja soberania externa, é necessário, primeiro, a existência de entes dotados de um poder soberano em âmbito interno (SILVA, 2019).

No entedimento de André Ramos Tavares (2019), a noção tradicional de soberania está consubstanciada em dois fundamentos: a independência na ordem internacional e a supremacia na ordem interna, e desta forma é relevante ressaltar como se deu essa construção.

Os Tratados de Vestifália foram os primeiro textos normativos intergovernamentais que reconheceram o princípio da soberania nacional e o colocou no topo da ordem mundial daquele período (TAIAR, 2009). Uma das mudanças de paradigma ocasionadas no cenário europeu, após o fim da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), foi que o conflito, pela primeira vez, deixou de ser uma guerra político-religiosa para se tornar um confronto nacional-político. Por essa razão, do ponto de vista acadêmico- historiográfico, o mundo pode ser lido mediante dois momentos: antes e depois da Paz de Vestifália (FERREIRA, 2009). O surgimento do Estado Absolutista e a transformação na ordem política mundial ocasionada pela sua aparição foi fundamental para a consolidação do moderno conceito de soberania. O Direito Romano foi largamente utilizado como base ideológica para a corrente de raciocínio desenvolvida pelos intelectuais defensores do Absolutismo Monárquico, e a máxima *quod principi placuit, legis habet vigorem* (a vontade do príncipe tem força de lei) se tornou jargão valioso entre os escritos produzidos na Idade Moderna (FERREIRA, 2009).

Nesse diapasão, tem-se como expoente deste pensamento Jean Bodin (1530-1596) com a obra *Six Livres de la République*, que, conforme André Ramos Tavares (2019), foi o primeiro autor a tratar da matéria de modo sistematizado. Bodin teorizava que era preciso concentrar totalmente os poderes nas mãos do monarca, sendo a soberania um poder perpétuo e absoluto (TAIAR, 2009).

Além disso, Bodin entendia que “a capacidade de criar e infringir leis pertence somente

ao soberano: o poder de legislar e governar são idênticos. A conclusão que Bodin chega é radical: como o príncipe não está sujeito à suas próprias decisões e decretos, ele está acima da lei” (BENOIST, 2000, p. 3). Contudo, deve-se ressaltar que Bodin já enxergava uma limitação ao poder do soberano: notadamente as leis naturais e divinas (TAIAR, 2009).

Taiar (2009) aponta que a Revolução Francesa, de semelhante modo, desempenhou importante papel na edificação do conceito de soberania. Tal assertiva é corroborada pela própria Constituição francesa de 1791, que trouxe, em seu art. 1º, o conceito de soberania: “Artigo 1. A Soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível; pertence à Nação e nenhuma parte do povo nem indivíduo algum pode atribuir-se o exercício”.

Como consequência lógica da unidade da soberania surge o segundo elemento contido no conceito francês: a indivisibilidade. Um poder soberano não pode ser dividido, não pode ser cortado em fragmentos, sob pena de sua dissensão. Da mesma forma, por ser um elemento essencial ao Estado, a soberania é inalienável. O Estado não pode dela privar-se porque um poder soberano que se priva de sua própria soberania, na verdade, não é soberano (HUSEK, 2008).

Acrescenta Taiar (2009) que aos elementos já existentes, a doutrina se encarregou de adicionar outros dois: a originariedade e a limitação. Por originariedade, entende-se que a soberania não tira seu fundamento de validade de qualquer outro ordenamento jurídico ou político. Finalmente, a soberania é entendida como limitada, e tal ponto é de fundamental importância neste estudo. Embora seja absoluta, a soberania é possuidora de certos limites que devem ser observados.

Paralelamente a isso, as revoluções do século XVIII, conquanto claramente destinadas ao anseio das classes burguesas, deram margem a um movimento de valorização da figura do cidadão, ser individual, contrapondo-o ao poder absolutista centrado na figura do rei, que mais à frente redefiniria os conceitos do estado soberano. Rogério Taiar (2009) aduz que, a partir dali, o homem passou a lutar para ser o centro da organização política a título individual.

Taiar (2009, p.305) anuncia que já no século XIX “os movimentos sociais direcionaram-se no sentido de assegurar garantias consideradas mínimas para a substância humana” e afirma que foi durante esse período que o indivíduo tomou consciência “e se assumiu como sujeito coletivo, fator que repercutiu no entendimento da proteção de sua vida”.

Com essas mudanças no modo de pensar e entender o homem no cenário mundial,

alguns paradigmas são completamente transformados e atingem de forma direta a concepção de soberania. Certos problemas, como os relativos aos direitos humanos, deixam de figurar como apenas restritos à órbita interna de cada Estado e passam a ser delineados pelo Direito Internacional (TAIAR, 2009).

Em um recorte histórico mais contemporâneo, Flávia Piovesan (2015) acentua três elementos que mostram de maneira clara a relativização da soberania estatal face à dignidade da pessoa humana e à proteção dos direitos essenciais à sobrevivência de cada indivíduo. Inicialmente, a autora faz referência ao Direito Internacional Humanitário (DIH) como a primeira expressão, no plano internacional, de que “há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado” (PIOVESAN, 2015, p. 116). Como resta claro, a autora aponta que as próprias normas humanitárias, mesmo regulando uma situação hostil como a guerra, representam sim limites à soberania dos entes estatais.

O segundo elemento que a autora traz e que igualmente se mostrou como um elo limitador da soberania estatal foi a Liga das Nações. Criada após a Primeira Grande Guerra, tinha por escopo fomentar a cooperação, a segurança e a paz no mundo, mediante a condenação de agressões externas contra a integridade territorial e a independência política dos países membros (PIOVESAN, 2015).

Por fim, a autora assevera que a Organização Internacional do Trabalho, criada com o propósito de promover padrões internacionais de condições laborais e bem-estar foi da mesma forma importante para delinear uma nova ideia de soberania. Após aderir às Convenções criadas pela OIT, os Estados estavam se comprometendo a assegurar um padrão justo e digno nas condições de trabalho, fato limitador da soberania estatal (PIOVESAN, 2015).

Flávia Piovesan (2015) explica que estes institutos são dotados de grande valor histórico porque romperam com as amarras tradicionais que insistiam em pôr o Direito Internacional somente como mero capricho da comunidade mundial e que também conclamavam o Estado como único sujeito do Direito Internacional. “Rompem ainda com a noção de soberania nacional absoluta, na medida em que admitem intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos”³⁵ (PIOVESAN, 2015, p. 129-130).

Na verdade, como rememora Piovesan (2015) a mudança de mentalidade ocasionada pelos elementos expostos anuncia o fim de um era. Anuncia o fim de um período em que o Estado tratava seus nacionais como um problema da jurisdição doméstica, com restrição ao domínio reservado do ente estatal em decorrência de sua soberania, autonomia e liberdade.

Emerson Garcia (2010), em concordância com Piovesan, explicita que com o

estritamento das relações internacionais e o reconhecimento da necessidade de proteção dos direitos fundamentais, há o desaparecimento da plenitude do poder estatal. Não se deve esquecer, no entanto, que alguns aspectos da soberania continuam a gozar elevado prestígio e reconhecimento, caso da igualdade formal, da autodeterminação, da plena capacidade jurídica e independência dos Estados em face de si mesmos e diante os demais.

Ressalte-se, por derradeiro, as palavras de Taiar (2009, p. 305): “quanto ao conceito de soberania, a universalização da proteção dos direitos humanos implicou no (sic!) término da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em benefício da proteção dos direitos humanos”.

Diante deste novo papel do indivíduo, possuidor de direitos e sujeito atuante na esfera internacional, não mais se pode conceber o Estado como detentor de soberania exacerbada e sem reconhecer quaisquer limites. Por essa razão, malgrado ainda seja seara delicada e com a qual agir com extrema cautela, certas normas do Direito Internacional atuam justamente nessa área, regulando e limitando a soberania dos entes estatais em questões que são, aparentemente, internas. Este é o caso das normas de DIH adiante expostas.

2. Alcance e delimitação do conflito armado não internacional

Tradicionalmente, o Direito Internacional Humanitário visa regular à conduta e os danos causados por enfrentamentos entre Estados ao invés de normatizar conflitos que ocorram em seus interiores (STEWART, 2003, p. 316). Assim, por um grande lapso temporal, sob a alegação de que qualquer ato normativo proveniente do DIH feriria a soberania dos Estados e interferiria em seus problemas internos, as leis humanitárias encontraram dificuldade em proteger as vítimas de conflitos que ocorressem internamente (SIVAKUMARAN, 2011).

Consoante afirma Pietro Verri (1998, p. 25) em seu “Dicionário de Direito Internacional dos Conflitos Armados”, a expressão “conflito armado” expressa múltiplas facetas semânticas. Pode ser um enfrentamento entre duas ou mais entidades estatais, como no caso da guerra. Pode ser, ainda, uma luta entre um Estado e um agente não estatal. Citam-se, como exemplo, as guerras de libertação nacional. O autor traz duas categorias de batalhas armadas: aquela perpetrada entre o Estado e uma facção dissidente e o confronto entre dois grupos de etnias distintas no interior de um único Estado. Para o filólogo italiano, estes dois últimos casos são entendidos como conflitos armados não internacionais, ponto relevante e

controverso no Direito Internacional Humanitário que será doravante analisado.

Preceitua Celso Mello (2004) que a guerra civil sempre despertou o interesse dos internacionalistas, tanto que no fim do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, surgiram inúmeros trabalhos acerca da matéria. O autor divide as causas das guerras civis em duas esferas: as de natureza interna e as de natureza externa. As primeiras seriam originadas no âmago do próprio Estado, já as segundas teriam sua gênese no plano internacional. Conquanto a distinção exista, ela tem apenas cunho didático para melhor entender os motivos ensejadores do conflito. Cientistas políticos e estudiosos da área observam que não é possível, na atual conjuntura do planeta, distinguir de forma clara e precisa a política interna da internacional, daí a assertiva de que uma guerra interna pode ter início em virtude desta mistura de ideologias.

Para autores de Direito Internacional, a diferença basilar entre um conflito armado interno e uma batalha de natureza internacional está centrada nos atores integrantes do enfrentamento (SIVAKUMARAN, 2011). Conflitos armados internacionais são travados entre Estados soberanos e guerras internas travadas entre um Estado contra um grupo armado, ou ainda, por grupos armados opositores.

Há quem questione a legalidade das guerras internas perante a ordem jurídica internacional; mas o Direito Internacional Público não proíbe a guerra civil, sendo este o papel do Direito interno (MELLO, 2004). Não obstante, uma batalha armada no interior de um único ente estatal, em uma construção ideológica genérica, sempre toma proporções internacionais. “Na verdade, ao DI não interessa estimular guerras civis, mas não pode ele ignorar a sua realidade” (MELLO, 2004, p. 1615).

Atualmente, a expressão guerra civil tem sido substituída pelos vocábulos “conflito armado não internacional”. Nas palavras de Pietro Verri (1998, p. 26), “sinônimo de guerra civil, o conflito armado não internacional se caracteriza pelo enfrentamento entre as forças armadas de um Estado e as forças armadas dissidentes ou rebeldes”.

Mello (2004, p. 1618) conceitua enfrentamentos armados não internacionais como o “conflito armado que se desenvolve no interior de uma ou entre várias coletividades estatais, mas que apenas uma das partes tem personalidade internacional plena”. Em análise da doutrina internacional a respeito da matéria, o autor aponta como principais caracteres do conflito armado não internacional a presença de enfrentamentos armados entre órgãos do Estado ou grupos de população que se opõem dentro de um Estado, ao passo que no conflito armado internacional as duas partes em luta têm plena capacidade diante da sociedade

internacional.

Na legislação humanitária, o art. 3º, comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, mais o II Protocolo Adicional de 1977, são as principais normas que o DIH possui para proteger as vítimas de conflitos armados internos. No escólio de Mello (1997), este artigo tem grande importância para o DIH em virtude de ter sido o primeiro texto convencional multilateral que estendeu a atuação de normas do direito de guerra internacional aos conflitos armados internos. Além do mais, “as normas contidas no art. 3º são consideradas como costumeiras e representam um padrão mínimo do qual os beligerantes nunca devem se afastar” (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2020, p. 17).

De acordo com o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (2020), o art. 3º é considerado como um tipo de tratado em miniatura, chegando a incluir até mesmo provisões do II Protocolo Adicional. Entretanto, para o próprio CICV, as normas que lidam com conflitos armados internos são menos completas que as de beligerância internacional. Fortalecer o alcance do sistema de proteção nas guerras internas tem sido tarefa árdua, visto tratar-se de campo extremamente delicado: a soberania do Estado. (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2020).

Bouvier, Quintin e Sassòli (2014) entendem que as vítimas de conflitos armados internos deveriam ser protegidas da mesma forma que as vítimas de conflitos armados internacionais; salientam que a distinção se torna prejudicial de certa forma, porque antes de aplicar a norma de proteção adequada a cada caso, as entidades prestadoras de assistência humanitária devem identificar o tipo de conflito primeiro. Essa situação somente ocorre porque os Estados, “no Direito Internacional que eles mesmos criaram, nunca concordaram em tratar conflitos armados não internacionais e internacionais de forma igual” (BOUVIER; QUINTIN; SASSÒLI, 2014).

Ressalte-se que as normas de Direito Humanitário com aplicação em conflitos armados internos são mais recentes do que as que regulamentam as hostilidades de guerra internacional. Além disso, por muito tempo, os Estados, estribando-se na sua própria soberania, consideravam que confrontos internos eram problema da legislação pátria e deveriam, por tanto, serem resolvidos sem qualquer interferência de fora (BOUVIER; QUINTIN; SASSÒLI, 2014).

Ao se analisar a situação de tensão pelo viés humanitário, percebe-se a conduta conservadora dos entes estatais é prejudicial para as vítimas de guerras internas. Deve-se ter em mente, todavia, que “nenhum Estado está pronto para aceitar que seus cidadãos possam

travar uma guerra contra seu próprio governo” (BOUVIER; QUINTIN; SASSÒLI, 2014, p. 231).

Bouvier, Quintin e Sassòli (2014) destacam que aplicar regras formuladas para conflitos armados internacionais em guerras internas, numa sociedade formada por vários Estados soberanos, seria incompatível com a própria ideia de soberania. De modo adverso, se a sociedade internacional contemporânea está organizada como um único ente mundial interligado, então todos os conflitos existentes seriam não internacionais por natureza.

Entendem os autores que conflitos armados internos e internacionais devem ser estudados como dois ramos distintos do DIH devido às peculiaridades que delineiam as hostilidades. Cada norma deve regular a soberania dos agentes estatais de uma forma distinta, sendo os dois tipos de conflitos estudados, interpretados e aplicados como duas esferas autônomas do DIH. (BOUVIER; QUINTIN; SASSÒLI, 2014)

Não se deve olvidar, contudo, que conflitos armados internos ao redor do planeta são bem mais frequentes que as guerras internacionais e, por conseguinte, devem ser tratados com especial atenção. (BOUVIER; QUINTIN; SASSÒLI, 2014). Afirma-se, oportunamente, que estas duas espécies de confronto possuem os mesmos princípios básicos, motivo ensejador de diversas interpretações analógicas entre ambos, como forma de preencher, logicamente, lacunas diante dos casos concretos (BOUVIER; QUINTIN; SASSÒLI, 2014).

Há séria discussão se o art. 3º, comum às Convenções de Genebra de 1949, e o II Protocolo Adicional de 1977 vinculam somente os Estados ou toda a população da Alta Parte Contratante. Segundo noticia Celso Mello (1997, p. 162) “é irrelevante que os revoltosos não sejam partes no art. 3º, porque tendo sido a convenção ratificada pelo Estado ela é obrigatória para toda a população”. Bouvier, Quintin e Sassòli (2014) corroboram com essa assertiva e adicionam que as normas vinculam não só o Estado, mas também as forças armadas de grupos não estatais, devendo-se analisar, no entanto, se o grupo armado disposto a obedecer a legislação humanitária pode fazê-lo sem que isso, necessariamente, implique a derrota no conflito.

Tratando-se especificamente do II Protocolo Adicional de 1977, este tem um campo de atuação mais restrito que o art. 3º, comum às Convenções de 1949, vez que será aplicado somente em conflitos de maior intensidade, reduzindo-se, conseqüentemente, o número de casos em que será utilizado (MELLO, 1997). O art. 1º do II Protocolo Adicional traz requisitos que devem ser preenchidos para que, só então, o Protocolo seja utilizado. Assim, para a aplicação deste artigo são necessários: confronto no interior de uma Alta Parte Contratante; entre suas tropas e grupos armados organizados ou força dissidentes; sob chefia

de um comando organizado; com controle de parte do território; presença de operações militares contínuas e organizadas.

Sistematizando a aplicação do art. 3º e do II Protocolo Adicional, Mello (1997, p. 173) aponta que “os revoltosos se encontram sempre submetidos ao art. 3º, no mínimo, ou ainda, se atender aos requisitos fixados no Protocolo II podem ter ainda mais direitos, é quando são reconhecidos como beligerantes ou insurgentes”.

A segunda parte do art. 1º do II Protocolo de 1977 é clara quando assevera que nos casos de tensões e perturbação interna, o Protocolo não é aplicado. Mônica Sousa (2007) conceitua perturbações internas, ou ainda distúrbios interiores, como um conflito interno formado por certo nível de gravidade e violência. Preconiza a autora que, nestes casos, mesmo que não existam partes conflitantes especificamente delimitadas, a autoridade no poder poderá tentar estabelecer a ordem por meio da força, inclusive com uso das forças armadas. “Esse fato poderá ocasionar vítimas as quais se deve um mínimo de assistência humanitária” (SOUSA, 2007, p. 42). Assim, tensões internas restam consubstanciadas por enfrentamentos com nível de violência menor que a dos distúrbios interiores, geralmente com fundo religioso, político, racial ou econômico. Aqui, afirma Sousa, podem acontecer maus tratos, desaparecimentos, aprisionamentos em massa e afins.

Malgrado o próprio CICV (2020, p. 17) diga que “o Direito Internacional Humanitário não se aplica às situações de violência que não cheguem à intensidade de um conflito armado”³¹, Mônica Sousa (2007, p. 42) assevera que mesmo nesses casos (de distúrbios interiores e tensões internas), embora não haja uma aplicação formal do DIH, “deve-se falar em aplicação por analogia ou aplicação indireta do Direito Humanitário”. O CICV (2020, p. 17), partilhando de opinião diversa, pontua que nessas circunstâncias, deve-se lançar mão dos Direitos Humanos e da legislação doméstica de cada país.

Sandesh Sivakumaran (2011), tece críticas tanto ao art. 3º, comum às Convenções de Genebra de 1949, quanto ao II Protocolo Adicional de 1977. Como criticismo inicial, o professor da Universidade de Nottingham aponta que, de forma geral, no momento da criação de um tratado com normas humanitárias, tem-se em mente somente os conflitos armados internacionais, posto que os negociadores tendem à esquecer dos conflitos domésticos.

Embora o art. 3º comum as Convenções de Genebra tenha sido chamado de uma convenção em miniatura, Sivakumaran (2011) afirma que esta nomenclatura só foi utilizada porque, na época de sua criação, seu nascimento se deu como uma forma de protestar contra a regulamentação ínfima que tinham os conflitos armados internos. No modo de ver do pesquisador do DIH, ambos o art. 3º e o II Protocolo Adicional, oferecem apenas uma

proteção médica aos envolvidos em confrontos internos. Não só isso, para o autor, o II Protocolo Adicional, é até hoje o único tratado dedicado exclusivamente às batalhas internas, e representa uma versão resumida daquilo que se esperava que ele regularia, como se fosse um texto feito de última hora.

Nos dias de hoje, debate-se bastante sobre a incidência das normas humanitárias aos casos de “novos conflitos”. A expressão é utilizada para fazer referência aos mais diversos tipos de enfrentamentos armados, sobretudo aos conflitos anárquicos e de identidade (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2020). Em consonância com o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (2020), os conflitos anárquicos surgiram, notadamente, no período pós Guerra Fria e são caracterizados pelo enfraquecimento, total ou parcial, das estruturas do Estado. Diante da instabilidade do momento, não é surpresa grupos armados tentarem fazer uso da situação para conquistar o poder.

Os conflitos de identidade ocorrem quando um grupo tenta excluir outro fazendo uso da limpeza étnica, que por sua vez consiste em deslocar, ou até mesmo exterminar populações inteiras (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2020). Para o CICV, bem como para Sousa (2007, p. 43), diante desses tipos de confrontos, as disposições humanitárias são plenamente aplicáveis, principalmente o art. 3º comum às Convenções de Genebra de 1949.

Não obstante as normas do DIH sejam usadas, a Cruz Vermelha reconhece que é extremamente difícil a proteção eficaz das vítimas em razão de dois fatores principais: a não existência de disciplina alguma por parte dos beligerantes e a dificuldade em separar os civis dos grupos armados que conduzem as hostilidades (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2020). Nas hipóteses de guerras de libertação nacional, também chamadas de guerras de independência (ACCIOLY; SILVA, 2016), deve-se utilizar o I Protocolo Adicional de 1977, tanto mais porque esse tipo de enfrentamento tem *status* de guerra internacional.

Portanto, ao contrário do que se pensa de forma imediata, durante as lutas contra o colonialismo europeu, as batalhas travadas eram consideradas guerras com fundo internacional, pois estavam fincadas no princípio da autodeterminação dos povos. Por essa razão, naquela época, os países do dito Terceiro Mundo deixaram de lado o II Protocolo Adicional, afinal seus destinos estavam bem mais ligados ao I Protocolo de 1977.

Saliente-se, ainda, que em hipótese alguma intervenções podem ser feitas em um conflito armado, seja de forma direta ou indireta, sob a justificativa de prestar “auxílio” humanitário (MELLO, 2004, p. 1619). Este princípio, conhecido por “não intervenção”, tem

como “finalidade evitar o alastramento do conflito armado” (MELLO, 1997, p. 369).

Percebe-se, assim, que os conflitos armados não internacionais representam matéria deveras delicada e que deve ser analisada meticulosamente, principalmente por ter aberto “uma brecha na soberania estatal visando a proteger o ser humano” (MELLO, 1997, p. 394).

3. O art. 3º das Convenções de Genebra e o II Protocolo Adicional de 1977 enquanto delimitadores da soberania do Estado: normas *Jus Cogens*

Ponto controverso no Direito Internacional, porém de importância ímpar, é a discussão que circunda os limites, alcance e até mesmo a definição das normas *jus cogens* (SOARES, 2020; NASSER, 2005). A legislação do DIH é considerada por parte da doutrina (SOUSA, 2007; MELLO, 1997; NASSER, 2005) como dotada de caráter cogente, e, portanto, delimitadora da soberania estatal. Assinala Sousa (2007, p.36-37) que “o DIH é considerado norma de *jus cogens*, ou seja, tem *status* de norma imperativa (...). Não há temor em se falar que o Direito Humanitário implica, neste sentido, a possibilidade de limitação da soberania estatal”. A questão, entretanto, é complexa e merece detalhamento.

Observa Guido Soares (2020) que, na segunda metade do século XX, com o surgimento de uma consciência da importância das normas inerentes à pessoa humana, foi fomentada uma divisão em dois pólos normativos contrastantes: um formado por dispositivos considerados superiores na ordem internacional, imutáveis, chamados *jus cogens*, e outro por normas a estes subordinadas, que passaram a constituir o que se convencionou chamar de *jus dispositivum*.

Conquanto seu enquadramento em categoria normativa diferenciada não seja ponto pacífico na doutrina, a existência do *jus cogens* não pode ser negada (NASSER, 2005). A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) de 1969 entende por *jus cogens*, em seu art. 53, “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”.

Expõe Isabela Andrade (2007) que, nos moldes da CVDT, todo e qualquer tratado internacional que seja conflitante com uma norma imperativa deve ser considerado nulo desde o início. Adiciona ainda que, caso o direito imperativo seja superveniente, o tratado deve ser dado por extinto na ordem jurídica internacional (art. 64 da CVDT).

Como se vê, a definição do *jus cogens* trazida pela Convenção não é das mais

completas (SOARES, 2020). Por ser um conceito jurídico indeterminado, e por estar inserida em âmbito delicado ao regular e impor limites à soberania dos Estados, não é surpresa que haja diversas correntes teóricas circundando a matéria. No entender de Nasser (2005), a Convenção de Viena não teve por objetivo criar as normas imperativas, mas apenas incorporar categorias do Direito Internacional geral que existem fora e de forma independente da Convenção.

Em uma tentativa de aclarar dúvidas, Nasser (2005) aduz que, conforme a doutrina internacionalista e os escritos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, consideram-se, tipicamente, como normas *jus cogens*: o princípio *pacta sunt servanda*, a proibição do uso ou da ameaça do uso da força, o princípio da soberania sobre os recursos naturais, a proibição do tráfico de seres humanos, a proibição da pirataria, a proibição do genocídio, a proibição dos atos qualificados por crimes contra a humanidade, e, por fim, os princípios do Direito Humanitário. Em uma simples análise dos termos acima citados, nas lições de Nasser (2005), percebe-se o elo que une os enunciados: todos são de grande importância para a sociedade internacional, malgrado gerem efeitos distintos e sua violação traga consequências diversas.

Portanto, por ter importância tão acentuada, parte da doutrina (NASSER, 2005; ANDRADE, 2007), defendendo pensamento coerente e adequado, entende existir uma hierarquia entre as normas internacionais. “O *jus cogens* reúne as normas mais caras à comunidade de Estados. Sua importância decorre dos valores internacionais envolvidos: do respeito do *jus cogens* depende a preservação da sociedade interestatal.” (ANDRADE, 2007, p. 2).

Quando se fala em escalonamento de normas, obviamente, não se pode deixar de pensar em Hans Kelsen (1999) e sua teoria pura do Direito, pois é ele quem traça o entendimento clássico segundo o qual, em um dado ordenamento jurídico, cada norma só será válida se, e somente se, for produzida mediante obediência às formalidades elencadas pelas normas hierarquicamente superiores. Em Direito Internacional, levando-se em consideração a construção kelseniana, tem-se que as regras costumeiras, das quais se inclui o Direito imperativo, estariam em nível hierárquico superior aos tratados internacionais, principalmente pelo fato destes terem como fundamento de validade uma norma costumeira: *pacta sunt servanda*. Por conseguinte, os costumes internacionais retirariam seu fundamento de validade da norma hipotética fundamental, circunstância que corroboraria, e muito, para sedimentar o entendimento de que as normas cogentes estão no topo do ordenamento jurídico mundial. Ressalte-se, todavia, que, hodiernamente, este modo de pensar não é o mais aceito

porque, para a maioria da doutrina, os tratados e costumes estão no mesmo nível hierárquico e podem um derogar o outro (NASSER, 2005).

Mesmo que haja dúvidas quanto a sua origem, as normas *jus cogens* guardam íntima correlação com as demais normas costumeiras: prática generalizada e *opinio juris* (NASSER, 2005). O que Nasser (2005) aponta como a grande diferença de uma norma costumeira qualquer para uma norma imperativa, não está no fato de terem sido ambas aceitas e reconhecidas pela comunidade dos diversos Estados, mas principalmente por terem estas últimas o caráter inderrogável. Sua superioridade não estaria fincada na forma como foi produzida no cenário jurídico mundial, mas sim no conteúdo que consigo carrega e nos valores que expressa.

No escólio de Nasser (2005), o elemento caracterizador das normas humanitárias está na sua substância, no seu âmago. Para Guido Soares (2020, p. 7), "a constituição de um costume se refere mais à prevalência dos valores nele reconhecidos como obrigatórios (a relevância da "opinio juris"), a determinação de uma norma como sendo "*jus cogens*" dependerá dos valores transcendentais que ela acolhe". Em síntese: as normas imperativas são superiores sim e sua superioridade está fundada em critérios materiais (NASSER, 2007).

Além disso, as normas cogentes, em Direito Internacional, podem ser utilizadas como critério de solução de possíveis antinomias e conflitos (NASSER, 2005). Contudo, deve-se proceder cautelosamente quando da análise, tanto mais porque o que diferencia uma norma imperativa das demais é seu conteúdo. As normas *jus cogens*, por vezes, têm seu limite e alcance confundidos com o que é estabelecido pelas obrigações *erga omnes*. A confusão é compreensível porque em certos aspectos os dois tipos normativos são convergentes. No entanto, mesmo que possuam aspectos semelhantes, não são, necessariamente, a mesma coisa.

De acordo com Nasser (2005, p. 170-171), "as obrigações *erga omnes* do direito internacional seriam aquelas que criam para toda a comunidade dos Estados, ou para cada um destes individualmente, direitos". Como se percebe, todas as normas *jus cogens* criam obrigações *erga omnes*, todavia, o oposto nem sempre é verdadeiro.

Em alegoria esclarecedora, Nasser (2005) assevera que as normas geradoras de obrigação *erga omnes* seriam representadas por um círculo grande que abrangeria uma gama de situações. Já as normas que acarretam imperatividade em seus enunciados estariam alocadas em um círculo menor, no interior das normas *erga omnes*.

Um exemplo típico é o direito de passagem em estreitos e canais internacionais.

A despeito de ser uma obrigação coletiva, isto é, deve ser obedecida por todos os Estados, sua matéria não é dotada de importância que a eleve aos *status* de cogente. Com efeito: "Percebe-se, assim, que não basta que a proteção de um direito seja de interesse da comunidade internacional como um todo para se elevar ao *status* de *jus cogens*. É preciso que haja, mais uma vez, um *plus* de importância substancial, material" (NASSER, 2005, p. 172). Não obstante as normas *jus cogens* sejam imperativas e os Estados devam segui-las, assinala Isabela Andrade (2007) que, ainda assim, são constantemente violadas. Assim, ocorrendo uma violação a essas normas, faz-se necessário adentrar no campo da responsabilidade estatal.

Jean Pictet (1982) entende que as normas relativas ao DIH são *jus cogens*, possuidoras de caráter imperativo, jamais dispositivo. O autor afirma, ainda, que nos moldes do art. 60 da CVDT as disposições relativas à proteção da pessoa humana contidas nos tratados de índole humanitária têm natureza imperativa.

Pictet (1982) diz, ainda, que por seu aspecto desinteressado e pelos valores superiores que defendem, pode-se afirmar, claramente, que as Convenções de Genebra, há muito, deixaram de ser tratados recíprocos limitados à esfera das relações estatais para serem convertidos em compromissos absolutos. Pictet (1982) assevera que as Convenções, por serem normas consuetudinárias codificadas, vinculam até mesmo os Estados que não são parte.

Para o autor, o escopo do DIH, enquanto norma imperativa, não é salvaguardar os interesses das Altas Partes Contratantes, mas sim proteger a pessoa humana fragilizada durante o conflito (PICTET, 1982). Assim, o DIH limita a soberania dos Estados em prol do bem estar da vítima dos conflitos armados.

As normas humanitárias são normas imperativas (NASSER, 2005). Os Estados devem obedecê-las sem impor qualquer condição que dificulte ou inviabilize a prestação de assistência humanitária a quem quer que precise (PICTET, 1982), sendo esta um direito de cada cidadão (SOUSA, 2007). Portanto, diante do caráter cogente das normas do DIH e do papel do indivíduo enquanto agente do Direito Internacional, não há cautela alguma em afirmar que tanto o art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, quanto o II Protocolo Adicional de 1977, apesar de se relacionarem a um conflito armado de natureza interna, vinculam sim os entes estatais.

Nesse sentido, seja em decorrência da interdependência entre os Estados, seja pela relevância do papel assumido pelo ser humano, que deixou de ser mero objeto do Direito Internacional para se tornar sujeito possuidor de direitos e privilégios, ao lado do caráter

imperativo do Direito Humanitário e dos valores transcendatais que ele carrega, a soberania estatal pode sofrer limitações, face à necessidade de proteção da vítima, sem que isso implique mácula ao Estado, ainda que se esteja diante de um conflito armado não-internacional. O ente estatal existe tão somente para o bem dos cidadãos. Os interesses do Estado de modo algum podem sobrepujar o bem-estar dos indivíduos. Preciosismos históricos e teorias arcaicas não podem balizar engodos políticos que permitam que a vítima seja deixada de lado.

O art. 3º das quatro Convenções de Genebra e o II Protocolo Adicional de 1977 são normas *jus cogens*, e como tal, representam as normas de maior valor da sociedade internacional (ANDRADE, 2007). Dessa forma, por estarem no topo do ordenamento mundial, (NASSER, 2005) adentram as fronteiras dos Estados para regular o conflito que ali dentro possa ocorrer, visando a dar proteção às possíveis vítimas. Não há qualquer mal em limitar o alcance da soberania dos Estados quando em jogo a própria razão da sua existência: o indivíduo.

Considerações Finais

Que o Direito Internacional encontra resistência junto à sociedade em geral em razão de uma inadequada classificação de inefetividade, isso não se questiona. Mas justamente este é seu maior desafio: se mostrar capaz de regulamentar não apenas uma, mas diversas ordens sociais, o que já é difícil quando as sociedades estão em tempos de paz. Desta forma, compreende-se como é tortuoso o caminho percorrido pelas normas de Direito Internacional Humanitário, que devem ser aplicadas justamente quando se esgotaram todos os meios de solução pacífica de diferenças.

Assim, o DIH finca seus pilares naquele elemento que é central não apenas na ordem internacional, mas em toda ordem jurídica, o indivíduo. A proteção da vida e integridade física de cada um dos que formam a sociedade internacional é justamente o vetor mais importante de tais regras. Porém, para que estas sejam aplicadas, se faz necessário antes de tudo reconhecer sua obrigatoriedade por cima de ordens estatais soberanas e autodeterminadas, que nem sempre compreendem os conflitos que se desenvolvem em seus limites geográficos como uma questão internacional.

A soberania é um elemento formador do Estado moderno e não deve ser desconsiderada de forma indiscriminada e sem situações objetivas que ensejem uma análise acurada de sua não aplicabilidade. Assim como no campo do Direito interno decidem as cortes que não há direito absoluto, podendo haver mitigações ou ponderações diante de

casos concretos específicos, o mesmo deve ocorrer com a soberania estatal no Direito Internacional. Ela não pode permanecer como obstáculo intransponível à proteção do indivíduo que, em última análise, é a própria razão de existir do Estado.

Ademais, é importante lembrar que conflitos armados internos podem ser financiados ou incentivados por atores soberanos externos ao Estado envolvido. Ora, o financiamento e auxílio para intensificar um conflito também é forma de se imiscuir em questões de soberania estatal, entretanto, os fins almejados tem caráter político e não humanitário.

Justamente por isso, se deve atribuir ao Direito Internacional Humanitário e todo o seu conjunto de normas a classificação de *jus cogens*, ou seja, normas imperativas, que não podem ser afastadas, por qualquer que seja o motivo. Há inúmeros exemplos de violações de regras de DIH; civis são cada vez mais o maior número de vítimas em conflitos armados. No entanto, precisa-se destacar que há casos relevantes em que, graças às normas humanitárias, refugiados voltaram para seus países, armas químicas não foram usadas, minas terrestres foram proibidas. Em razão justamente das circunstâncias extremas inerentes à aplicação destas normas é que esta deve ser contínua, efetiva e urgente.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo E. do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANDRADE, Isabela Piacentini de. Responsabilidade Internacional dos Estados por violação do *jus cogens*. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Curitiba, v.5, n.5, jan./jun. 2007.

BENOIST, Alain de. **What is sovereignty?** Disponível em: <www.alaindebenoist.com/pdf/what_is_sovereignty.pdf> Acesso: 20.07.2011.

BOUVIER, Antoine A.; QUINTIN, Anne; SASSÒLI, Marco. **How does Law protect in war?:** outline of International Humanitarian Law. Geneva: International Committee of the Red Cross, 2014.

FERREIRA, Carlos Henrique Ruiz. **Direitos Humanos e Soberania:** o projeto universal comopolita *versus* o Estado-emuralhado-nacional. São Paulo: USP, 2009. 324 p. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos:** breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 8 ed. São Paulo: LTr,

2008.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **International Humanitarian Law** – answers to your questions. Geneva: International Committee of the Red Cross, 2020

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens*: ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV**. v. 1, n. 2, p. 161-178, jun-dez 2005.

PICTET, Jean. **Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario**. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1982

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15 ed. rev.atual., São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Luiz Roberto. **Direito Internacional Público**. 5ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019

SIVAKUMARAN, Sandesh. Re-envisaging the International Law of armed conflict. **European Journal of International Law**. v. 2, n. 1, 2011, p. 219-264.

SOARES, Guido. **A questão da *jus cogens* e a *soft law***. Disponível em:
<<http://www.ebah.com.br/content/ABAAABL-0AB/guido-soares-jus-cogens-soft-law>>
Acesso em: jan. 2020

SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito Internacional Humanitário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: USP, 2009. 321 p. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2019

VERRI, Pietro. **Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados**. Colombia: TM Editores, 1998.