

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

Thomas Vicente Ferreira

**CRIMES DE GUERRA NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – ASSIMETRIA
ENTRE CONFLITOS ARMADOS INTERNACIONAIS E NÃO INTERNACIONAIS**

Porto Alegre

2022

THOMAS VICENTE FERREIRA

**CRIMES DE GUERRA NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – ASSIMETRIA
ENTRE CONFLITOS ARMADOS INTERNACIONAIS E NÃO INTERNACIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção
do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Martha Lucia Olivar Jimenez.

Porto Alegre

2022

CIP - Catalogação na Publicação

Vicente Ferreira, Thomas
Crimes de Guerra no Tribunal Penal Internacional -
Assimetria entre Conflitos Armados Internacionais e
não Internacionais / Thomas Vicente Ferreira. -- 2022.
84 f.
Orientadora: Martha Lucía Olivares Jimenez.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2022.

1. Direito Internacional Humanitário. 2. Direito
Internacional Criminal. 3. Conflitos armados não
internacionais. 4. Crimes de guerra. 5. Tribunal Penal
Internacional. I. Olivares Jimenez, Martha Lucía,
orient. II. Título.

THOMAS VICENTE FERREIRA

**CRIMES DE GUERRA NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – ASSIMETRIA
ENTRE CONFLITOS ARMADOS INTERNACIONAIS E NÃO INTERNACIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção
do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 07 de outubro de 2022

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Martha Lucia Olivar Jimenez (Orientadora)

Professor Doutor Fábio Costa Morosini

Professor Doutor Fabrício Lemos

AGRADECIMENTOS

Gostaria de aproveitar essa oportunidade para agradecer diversas pessoas que influenciaram minha vida, tanto acadêmica quanto pessoal, sem as quais este trabalho não seria possível. Algumas dessas pessoas me acompanharam por anos durante a graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, outras delas estiveram comigo mesmo antes de eu ingressar na universidade, tendo ajudado a moldar meu caráter, senso crítico, e a pessoa que sou hoje.

Primeiramente, agradeço à minha professora orientadora, Dra. Martha Lucia Olivar Jimenez por ter me guiado e me inspirado a realizar este trabalho desde as aulas de Direito Internacional Público que tive no 8º semestre. Também gostaria de agradecer todos os membros da UFRGS *IHL Clinic*, especialmente ao Júlio que teve uma paciência incrível comigo e me passou muito de sua experiência e conhecimento. Através da minha participação na clínica pude aprender muito sobre o Direito Internacional Humanitário, principalmente durante a preparação para a competição *Jean Pictet* e sobre o Direito Internacional Criminal durante a *Nuremberg Moot Court*. Sem vocês este trabalho não seria possível.

Agradeço à minha família, por sempre terem me apoiado e por terem me propiciado estudar em uma universidade pública tão renomada quanto a UFRGS. Em especial agradeço aos meus pais, Mário e Solange e ao meu irmão Eric. Agradeço também aos meus amigos mais antigos, que estiveram comigo desde sempre e acompanharam a passagem de mais um ciclo. Um abraço especial ao Dani, Pedro e Túlio. Também não poderia deixar de agradecer à Bruna por ter sido uma companheira tão importante e ter me apoiado desde o início desse TCC.

Agradeço aos meus colegas que estiveram comigo desde o início da graduação. Durante o curso alguns de nós seguimos por caminhos diferentes, mas sem vocês a faculdade não teria sido tão divertida. Por incontáveis discussões jurídicas entre momentos de descontração desde 2017, agradeço ao Mauri, Kevin, Saucedo, Derek, Lorenzo, Helena, Brenda, Rafael, Waldyr, Fred, Carol e André. Além dos colegas do Direito, também agradeço ao Theo e Leo, amigos que estiveram comigo desde 2018 no grupo de debate e oratória. Admiro muito os dois e tenho certeza de que hoje sou um acadêmico e amigo melhor por causa de vocês.

Por fim, agradeço aos colegas do escritório Aury Lopes Jr. por terem estado comigo mesmo antes de eu iniciar este TCC, sendo sempre compreensivos e me ajudando com a experiência que tiveram quando passaram por este momento. Admiro muito todos e agradeço pelo apoio e pela amizade.

The moral sense of the importance of human life; the humane desire to lighten a little of the torments of all these poor wretches, or restore their shattered courage; the furious and relentless activity which a man summons up at such moments; all these combine to create a kind of energy which gives one a positive craving to relieve as many as one can. There is no more grieving at the multiple scenes of this fearful and solemn tragedy.

O senso moral da importância da vida humana; o desejo humano de aliviar um pouco os tormentos de todos esses pobres miseráveis, ou restaurar sua coragem despedaçada; a atividade furiosa e implacável que um homem convoca em tais momentos; tudo isso se combina para criar um tipo de energia que gera um desejo positivo de aliviar o maior número de pessoas possível. Não há mais luto nas múltiplas cenas desta terrível e solene tragédia.

(Henry Dunant, *A Memory of Solferino*, 1862).

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar os motivos da assimetria na tipificação de crimes de guerra no Tribunal Penal Internacional (TPI). Historicamente se considerou que os crimes de guerra abarcavam apenas violações em conflitos armados internacionais (CAIs). Todavia, hoje está claro que se pode cometer crimes de guerra tanto em conflitos internacionais como em conflitos armados não internacionais (CANIs). O Estatuto de Roma do TPI prevê, em detalhe, crimes de guerra em CANIs em seu artigo 8(2) (e). Por outro lado, vários crimes de guerra em CAIs não estão tipificados no artigo dedicado aos CANIs. Portanto, este trabalho busca investigar os motivos dessa assimetria na classificação dos crimes de guerra nos CAIs e CANIs. As principais fontes utilizadas foram os trabalhos preparatórios do Estatuto de Roma, além da jurisprudência dos tribunais penais internacionais como do TPI e do Tribunal Penal Internacional para Iugoslávia (TPII) e a doutrina do Direito Internacional Humanitário (DIH) e do Direito Internacional Criminal (DIC). Uma das razões relacionadas à assimetria nos crimes de guerra foi a incompatibilidade de certos conceitos dos CAIs para conflitos não internacionais. Além disso, a assimetria nos crimes de guerra também pode ser causada pela apreensão dos Estados em enfraquecer sua soberania ao fornecer mais proteção para grupos armados nesse tipo de conflito. Ao final, é sugerido que o Estatuto de Roma seja emendado para incluir em conflitos não internacionais os crimes compatíveis. Tal solução busca aumentar a proteção das vítimas envolvidas e a previsibilidade jurídica dos acusados.

Palavras-chave: Direito Internacional Humanitário; Direito Internacional Criminal; conflitos armados não internacionais; crimes de guerra; Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT

This work aims to analyze the reasons for the asymmetry in the classification of war crimes in the International Criminal Court (ICC). War crimes were historically considered to encompass only violations in international armed conflicts (IACs). However, today it is clear that war crimes can be committed both in international conflicts and in non-international armed conflicts (NIACs). The Rome Statute of the ICC describes in detail war crimes in NIACs in its article 8(2) (e). On the other hand, several war crimes in IACs are not typified in the article dedicated to NIACs. Therefore, this work seeks to investigate the reasons for this asymmetry in the classification of war crimes in IACs and NIACs. The main sources used were the preparatory works of the Rome Statute, the jurisprudence of international criminal courts, such as the ICC and the International Criminal Court for Yugoslavia (ICTY), and the legal doctrine of International Humanitarian Law (IHL) and International Criminal Law (ICL). One of the reasons related to the asymmetry in war crimes was the incompatibility of certain concepts of IACs for non-international armed conflicts. Moreover, the asymmetry in war crimes could also be caused by the country's apprehension of weakening their sovereignty by providing more protection for armed groups in this type of conflict. Finally, it is suggested that the Rome Statute be amended to include compatible crimes in non-international conflicts. Such solution seeks to increase the protection of the victims involved and the legal predictability of the accused.

Keywords: International Humanitarian Law; International Criminal Law; non-international armed conflicts; war crimes; International Criminal Court.

LISTA DE ABREVIATURAS:

I GC - I Convenção de Genebra
II GC - II Convenção de Genebra
III GC - III Convenção de Genebra
IV GC - IV Convenção de Genebra
CAI - Conflito armado internacional
CANI - Conflito armado não internacional
CICV - Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CIJ - Corte Internacional de Justiça
DIC – Direito Internacional Criminal
DIDH - Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIH - Direito Internacional Humanitário
EUA - Estados Unidos da América
ICC - *International Criminal Court*
ICJ - *International Court of Justice*
ICL – *International Criminal Law*
ICRC - *International Commission of the Red Cross*
ICTR - *International Criminal Court for Rwanda*
ICTY - *International Criminal Court for Yugoslavia*
ONU - Organização das Nações Unidas
PA I - Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra
PA II - Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra
TPI - Tribunal Penal Internacional
TPII - Tribunal Penal Internacional para Iugoslávia
TPIR - Tribunal Penal Internacional para Ruanda
UN – *United Nations*
URSS - União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 NATUREZA DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E CLASSIFICAÇÃO DE CONFLITOS	15
2.1 Histórico do Direito Internacional Humanitário	16
2.2 Fontes do Direito Internacional Humanitário	22
2.2.1 Tratados	22
2.2.2 Costume	24
2.3 Classificação de conflitos	25
2.3.1 Conflitos armados internacionais.....	25
2.3.2 Conflitos armados não internacionais	29
2.3.3 Conflitos não internacionais “internacionalizados” e conflitos mistos.....	32
3 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CRIME DE GUERRA: DE NUREMBERG À ROMA	34
3.1 A origem do conceito de crime de guerra	34
3.2 Tribunal Penal Militar de Nuremberg	35
3.3 Os Tribunais <i>Ad hoc</i> e a introdução de crimes de guerra em conflitos não internacionais	37
3.3.1 Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia	37
3.3.1.1 O Caso <i>Tadić</i>	38
3.3.2 Tribunal Penal Internacional para Ruanda	41
3.4 Tribunal Penal Internacional	43
3.4.1 Elaboração do Estatuto de Roma	46
3.4.2 Crimes de guerra no TPI.....	47
4 A ASSIMETRIA ENTRE CRIMES DE GUERRA EM CONFLITOS INTERNACIONAIS E NÃO INTERNACIONAIS	51
4.1 Apresentando a assimetria	51
4.2 Assimetria por impossibilidade conceitual	51

4.2.1 Artigo 8(2)(b) (vi) ataques contra combatentes rendidos.....	51
4.2.2 Artigo 8(2)(b) (viii) transferência forçada de civis em território ocupado.....	53
4.2.3 Artigo 8(2)(b) (xiv) suspensão de direitos de nacionais da parte hostil.....	54
4.2.4 Artigo 8(2)(b) (xv) obrigar os nacionais da parte hostil a participar de operações de guerra contra seu próprio país	55
4.3 Assimetria de crimes compatíveis em CANIs	55
4.3.1 Artigo 8(2)(b) (ii) dirigir ataques contra bens civis	56
4.3.2 Artigo 8(2)(b) (iv) ataques desproporcionais	57
4.3.3 Artigo 8(2)(b) (v) dirigir ataques contra objetos não militares indefesos	58
4.3.4 Artigo 8(2)(b) (vii) uso indevido de bandeiras, emblemas e insígnias	59
4.3.5 Artigo 8(2)(b) (xx) uso de armas e métodos de guerra que possam causar sofrimento desnecessário	60
4.3.6 Artigo 8(2)(b) (xxiii) escudos humanos	61
4.3.7 Artigo 8(2)(b) (xxv) inanição como método de guerra	62
4.4 Possíveis causas da assimetria	63
4.5 Sugestões para mitigar a assimetria.....	66
5 CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74
ANEXO A - ARTIGO 8 DO DECRETO N° 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002. ..	80
ANEXO B – ALTERAÇÃO DO ARTIGO 8º. CONFERÊNCIA DE REVISÃO DE KAMPALA DE 2010:	84

1 INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Humanitário (DIH) é um ramo do Direito Internacional criado para limitar as condutas dos beligerantes durante conflitos armados, com o fim de minimizar o sofrimento humano. Uma das formas de implementar o DIH é através dos crimes de guerra, que preveem a responsabilidade criminal individual de quem cometer graves violações do Direito Humanitário. Atualmente, existe uma importância crescente dos conflitos armados não internacionais (referidos como CANIs - entre um Estado e um grupo armado, ou entre grupos armados), que estão ocorrendo com mais frequência em diversas partes do mundo.¹ Dessa forma, é de grande importância tanto para o DIH, quanto o Direito Internacional Criminal (DIC), o estudo de crimes de guerra em conflitos não internacionais.

Os crimes de guerra são violações graves de normas, consuetudinárias ou escritas, do DIH que preveem a responsabilidade penal individual do agente.² Atualmente está claro que se pode cometer crimes de guerra tanto em conflitos armados internacionais (referidos como CAIs - entre dois ou mais Estados) como em conflitos não internacionais. Todavia, por muito tempo se considerou que os crimes de guerra abarcavam apenas violações em CAIs.³ Isso pode ter ocorrido, pois, durante muito tempo, os Estados assumiram a posição de que, para preservar sua soberania, os CANIs deveriam ser assuntos internos regidos exclusivamente pela legislação nacional.⁴

A tipificação dos crimes de guerra em CANIs se iniciou com o estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), em 1994. Ademais, mesmo que o estatuto do Tribunal Penal Internacional para Iugoslávia (TPII) não tipificasse especificamente crimes de guerra em conflitos não internacionais, em seu caso mais importante, a câmara de apelações declarou que a responsabilidade penal internacional abarca atos cometidos durante CANIs.^{5 6}

¹ Um mapa interativo dos conflitos armados atuais pode ser consultado no site da *Geneva Academy*. Aqui, pode-se observar a grande quantidade de conflitos armados não internacionais, bem como sua ocorrência em diversos locais, como na América Latina, África e Ásia. Disponível em: <<https://www.rulac.org/browse/map>> Acesso em 20 set. 2022.

² Cassese, Antonio. **International Criminal Law**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 65.

³ *Ibid*, p. 66.

⁴ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 209/210.

⁵ Schabas, William. **An Introduction to the International Criminal Court**. 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 124.

⁶ TPII, Prosecutor v. *Tadić* (IT-94-1-AR72), Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995.

Atualmente, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) prevê em detalhe crimes de guerra em CANIs em seu artigo 8(2) (e). Por outro lado, também está claro que vários crimes de guerra em CAIs não estão tipificados na seção dedicada aos CANIs. Um exemplo desta assimetria pode ser encontrado nos seguintes crimes de guerra previstos apenas nos CAIs: dirigir ataques contra bens civis, ataques desproporcionais, dirigir ataques contra objetos não militares indefesos, uso indevido de bandeiras e insígnias, uso de armas e métodos de guerra que possam causar sofrimento desnecessário, uso de escudos humanos e inanição como método de guerra.⁷

Dessa forma, este trabalho busca investigar os motivos da assimetria na classificação dos crimes de guerra entre CAIs e CANIs no Estatuto de Roma do TPI. As principais fontes utilizadas foram os trabalhos preparatórios do Estatuto de Roma e de convenções do DIH, como as Convenções de Genebra, além da jurisprudência de tribunais penais internacionais como do próprio TPI e do TPII. Ademais, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, utilizando a doutrina do DIH e do DIC⁸ para descrever os conflitos armados internacionais e não internacionais, crimes de guerra, e demais conceitos necessários para compreender a assimetria. A bibliografia utilizada nesta pesquisa foi consultada na Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS e na Biblioteca Eletrônica da UFRGS, ou faz parte do acervo pessoal do autor (digital e físico).

Este trabalho foi elaborado a partir de uma pesquisa iniciada na UFRGS *IHL Clinic*. O grupo de extensão da Universidade Federal do Rio Grande do Sul busca estudar, debater e difundir o conhecimento sobre o DIH. A partir de minha participação na clínica, passei a me interessar especificamente sobre a repressão das violações do DIH através dos crimes de guerra. Durante uma pesquisa sobre crimes de guerra em CANIs, surgiu a curiosidade para pesquisar sobre o motivo de existirem menos crimes de guerra nesse tipo de conflito comparado aos CAIs, sendo este o ponto de partida para o presente trabalho.

Com isso, o presente trabalho foi dividido em dois principais eixos: um voltado ao DIH e um voltado ao DIC. No decorrer deste trabalho foi explorada a relação entre o DIH e o DIC

⁷ Os artigos 8(2)(b) (ii), (iv), (v), (vi), (vii), (viii), (xiv), (xv), (xx), (xxiii) e (xxv) do Estatuto de Roma descrevem crimes de guerra apenas para CAIs.

⁸ Considerando que grande parte da bibliografia consultada está no idioma inglês, utilizou-se neste trabalho, no momento das citações, tradução feita pelo próprio autor em consulta ao texto original. 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 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI). 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.

para compreender o conceito de crime de guerra e, ao final, analisar a assimetria dos crimes de guerra no quarto capítulo. Essa escolha metodológica permitiu uma melhor compreensão do objeto de pesquisa, tendo em vista que o conceito de crime de guerra depende do entendimento dessas duas áreas do Direito Internacional. Ademais, o tensionamento entre a doutrina do DIH e do DIC permitiu que fosse elaborada uma sugestão para mitigação da assimetria em crimes de guerra que levasse em conta tanto as características do DIH; reduzir o sofrimento humano em conflitos armados, como do DIC; criminalizar condutas que afetam toda a humanidade, respeitando os direitos e garantias dos acusados.

No segundo capítulo foi feita uma análise histórica do Direito Humanitário, identificando através da pesquisa bibliográfica e da análise dos trabalhos preparatórios das convenções de DIH, uma assimetria nas regras dos tratados para conflitos internacionais e não internacionais. Por outro lado, no âmbito do Direito Costumeiro, essa assimetria tende a ser mitigada. Tal fato ajudou a compreender melhor a assimetria dos crimes de guerra no TPI.

No terceiro capítulo foi analisada a evolução do DIC e do conceito de crime de guerra. A retrospectiva histórica perpassa desde o Tribunal de Nuremberg, quando não se reconheciam crimes de guerra em CANIs, até os Tribunais *Ad hoc* para ex-Iugoslávia e Ruanda, que passaram a reconhecer tal tipo de delito. Através da pesquisa bibliográfica, análise da jurisprudência dos tribunais penais internacionais e dos trabalhos preparatórios de seus respectivos estatutos, foi possível compreender uma tendência dos Estados de serem relutantes tanto na ratificação de tratados de DIH para conflitos não internacionais, quanto na tipificação crimes de guerra para esse tipo de conflito.

Por fim, este trabalho analisou o artigo 8º do Estatuto de Roma, buscando a compatibilidade para conflitos não internacionais dos crimes de guerra tipificados apenas em CAIs. Com isso, foram identificadas duas assimetrias para os crimes de guerra. A primeira delas é uma assimetria por incompatibilidade conceitual, enquanto a segunda é uma assimetria de crimes de guerra que poderiam ser aplicados em CANIs. Ao final do trabalho é sugerido que o Estatuto de Roma seja emendado para incluir em conflitos armados não internacionais certos crimes de guerra que são conceitualmente compatíveis.

2 NATUREZA DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E CLASSIFICAÇÃO DE CONFLITOS

O Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional Criminal são os dois principais eixos do presente trabalho, pois ambos são essenciais para compreender o objeto de pesquisa: crimes de guerra. Por este motivo, o capítulo 2 será dedicado a descrever o DIH e seus principais conceitos, enquanto o capítulo 3 vai lidar com o DIC e o conceito de crime de guerra.

O DIH é um ramo do Direito Internacional que regula as condutas dos entes beligerantes durante conflitos armados, buscando um equilíbrio entre a necessidade militar e considerações humanitárias. Dessa forma, o DIH limita meios e métodos de guerra e determina a proteção dos indivíduos que estiverem sob o poder da parte adversária, devendo sempre serem tratados com humanidade.⁹

Um dos aspectos mais importantes para compreender o DIH, ou *jus in bello*, é sua separação do chamado *jus ad bellum*. O *jus ad bellum* é o ramo do Direito Internacional que regula a (i)legalidade do uso da força entre Estados. Historicamente esse uso da força era largamente permitido e inclusive incentivado, entretanto hoje o uso de força entre os Estados é proibido na grande maioria dos casos, gerando o termo *jus contra bellum*. A carta da Organização das Nações Unidas (ONU) possui algumas exceções para essa regra, como nos casos de autodefesa do Estado (art. 51) ou conforme decisão do Conselho de Segurança (capítulo VII).^{10 11}

O *jus in bello*, por outro lado, regula a conduta dos beligerantes quando o conflito armado teve início, independentemente de qual parte está agindo na legalidade segundo o *jus ad bellum*. Em outras palavras: para o DIH não importa que um país tenha iniciado um conflito armado contra outro, uma vez no conflito, ambas as partes devem cumprir as normas do *jus in bello*.

⁹ Melzer, Nils. **International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction**. Geneva: ICRC, 2016, p. 18. Disponível em: <<https://library.icrc.org/library/docs/DOC/icrc-4231-002-2019.pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

¹⁰ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 457.

¹¹ Carta da ONU: Artigo 51. “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.”

Com isso, a separação entre o *jus in bello* e o *jus ad bellum* pode ser justificada pelo fato de que na maioria dos conflitos, os beligerantes acreditam que estão usando a força por motivos justos. Dessa forma, vincular o *jus in bello* ao *jus ad bellum* geraria grandes tragédias humanitárias, pois a parte que acreditasse estar agindo dentro da legalidade com relação ao uso da força também iria desconsiderar as normas de DIH.¹² Por este motivo o DIH deve ser respeitado independente do *jus ad bellum*.

2.1 Histórico do Direito Internacional Humanitário

O conceito de limitar os efeitos nocivos da guerra não é novo e pode ser observado em eventos históricos que ocorreram há milhares de anos. Regras sobre a proteção de feridos e prisioneiros durante conflitos armados podem ser encontradas em diversas civilizações e religiões, desde a Bíblia e o Corão, até o estrategista militar chinês Sun Tzu e em códigos de cavaleiros medievais.¹³ No entanto, o DIH como um conjunto organizado de normas que conhecemos hoje, teve suas origens no ano de 1859, durante a Batalha de Solferino.¹⁴

Henry Dunant, um empresário de Genebra, presenciou a batalha durante uma viagem que fazia pelo norte da Itália e ficou horrorizado, principalmente com a falta de assistência médica para os feridos. Na ocasião, Dunant pediu auxílio para a população local cuidar dos feridos pela batalha. Retornando para Genebra, ele escreveu um livro que seria essencial para a criação do DIH como conhecemos hoje. Em “Memórias de Solferino”, Dunant argumentou pela criação de uma organização independente que pudesse prover auxílio para os feridos em batalha e pela criação de um acordo internacional que garantisse a neutralidade dessa organização.¹⁵

Hoje, Henry Dunant é conhecido como uma das pessoas mais importantes pela criação do DIH e a organização que ele idealizou em seu livro se tornou o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), em 1863. Apesar de ter uma natureza jurídica *sui generis*, e ser formalmente uma organização não governamental sujeita às leis da Suíça, o CICV é reconhecido por ser uma organização humanitária imparcial com um mandato da sociedade internacional para servir como guardião do DIH. A Cruz Vermelha opera em todo o mundo para proteger e auxiliar as

¹² Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 459.

¹³ *Ibid*, p. 5.

¹⁴ Melzer, Nils. **International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction**. Geneva: ICRC, 2016, p. 35. Disponível em: <<https://library.icrc.org/library/docs/DOC/icrc-4231-002-2019.pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

¹⁵ *Ibid*.

peessoas afetadas por conflitos armados ou por perturbações internas e tem como símbolo uma cruz vermelha com fundo branco, sendo o inverso da bandeira da Suíça.¹⁶

Ainda graças à influência de Henry Dunant, em 1864 o governo suíço convocou uma conferência diplomática em Genebra, que resultou na adoção da Convenção de Genebra para a Melhoria da Condição dos Feridos em Exércitos no Campo. Esse evento foi um marco para o início do DIH moderno, sendo a primeira vez na história em que os Estados concordaram em limitar seu próprio poder em favor do indivíduo em tempos de guerra, tudo isso em um tratado internacional aberto à ratificação universal.¹⁷

Essa primeira Convenção de Genebra sofreu diversas atualizações posteriormente, todavia, uma possível revisão foi excluída da agenda da Conferência Internacional da Paz, sediada em Haia em 1899 e 1907. Tal fato causou uma divisão no DIH em dois ramos que tiveram um desenvolvimento próprio. Por um lado, o chamado “Direito de Genebra” lida com a proteção das vítimas do conflito, enquanto o “Direito de Haia” determina a limitação de meios e métodos de guerra.¹⁸

As chamadas “Convenções de Haia” foram um conjunto de 14 convenções adotadas em tratados internacionais em 1899 e revisadas em 1907. Boa parte dessas convenções não são mais utilizadas atualmente por terem sido substituídas por outros instrumentos legais. No entanto, as regulações sobre leis e costumes de guerra em terra, anexas à IV Convenção de Haia, ainda são relevantes para o DIH.¹⁹

Por outro lado, o Direito de Genebra se desenvolveu a partir de 1906 com a primeira atualização da convenção que aumentou significativamente o número de artigos. A terceira versão da Convenção de Genebra para proteção de doentes e feridos foi adotada em 1929, levando em conta os acontecimentos da I Guerra Mundial. Essa convenção avançou na proteção dos médicos da aeronáutica, uso de emblemas distintivos em tempos de paz e emblemas da Cruz Vermelha, além do tratamento de prisioneiros de guerra.²⁰

¹⁶ Mazzuoli, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. [e-book], p. 378.

¹⁷ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 7.

¹⁸ Jean-Marie Henckaerts. **History and Sources** in Ben Saul and Dapo Akande (Eds). *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 4.

¹⁹ Sassòli, *op. cit.*, p. 36.

²⁰ Jean-Marie Henckaerts. *op. cit.*, p. 4.

As Convenções de Genebra de 1949 são a terceira atualização da primeira Convenção de Genebra de 1864. Inicialmente, a convenção diplomática para estabelecer estas convenções foi planejada para o ano de 1940, no entanto, ela não pôde ser realizada por conta da II Guerra Mundial. Dessa forma, o processo foi atrasado em 9 anos, mas as delegações puderam considerar as experiências da guerra. As Convenções de Genebra foram então reorganizadas da seguinte forma: a primeira (I CG) lida com doentes e feridos em terra, a segunda (II CG) lida com doentes, feridos e náufragos na guerra marítima, a terceira (III CG) lida com prisioneiros de guerra e a quarta (IV CG) lida com a proteção de civis e ocupação.²¹

Nesse sentido, a IV CG foi muito importante para suprir uma lacuna legal que existia na proteção dos civis. A ausência de tal proteção foi percebida durante a II Guerra Mundial, quando diversos crimes de guerra foram praticados contra a população civil. A proteção de civis no DIH tem dois aspectos: proteção dos civis sob o poder de uma parte do conflito e proteção de civis contra os perigos do conflito, sendo que o primeiro foi mais desenvolvido na IV CG e o segundo seria elaborado nos protocolos adicionais de 1977.²²

Outro ponto relevante das Convenções de Genebra de 1949 para o desenvolvimento do DIH foi a adição do conhecido Artigo Comum 3º.²³ Referido como uma “convenção em miniatura”,²⁴ o artigo estipula um padrão mínimo de tratamento humanitário aplicável aos conflitos armados não internacionais.²⁵ Até 1949 existiam poucas previsões legais em tratados internacionais lidando com conflitos armados não internacionais. Anteriormente nenhuma das

²¹ Jean-Marie Henckaerts. **History and Sources** in Ben Saul and Dapo Akande (Eds). The Oxford Guide to International Humanitarian Law. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 4.

²² *Ibid.*, p. 5.

²³ Artigo comum 3º das Convenções de Genebra de 1949: “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[sic] 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, côr[sic], 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 judiciárias reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados. 2) Os feridos e enfermos serão recolhidos e tratados. Um organismo[sic] 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[sic] o estatuto jurídico das Partes em luta.”

²⁴ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 214.

²⁵ Uma análise pormenorizada da classificação de conflitos será feita no subcapítulo 2.3 deste trabalho.

convenções de Haia ou de Genebra haviam lidado com o tema, contendo previsões legais apenas para conflitos armados internacionais. O que normalmente ocorria em CANIs antes de 1949 eram acordos *ad hoc* com os grupos armados não estatais, como o Código Lieber de 1863.²⁶

Tendo em vista a escassez de previsões legais para CANIs, a adoção do Artigo Comum 3º foi vista como um avanço para o DIH, representando uma grande inovação. No entanto, a adoção do artigo não ocorreu sem a necessidade de prolongadas discussões. Duas propostas foram apresentadas durante a convenção de 1949; criar uma Convenção de Genebra inteira para um número limitado de CANIs, ou criar um limitado número de regras aplicáveis para a maioria dos CANIs. Como se pode perceber, a última opção foi escolhida ao final.²⁷

Como será abordado adiante neste trabalho, uma discussão foi recorrente tanto na criação de regras de DIH para CANIs, quanto para a tipificação de crimes de guerra nesse tipo de conflito. Durante a conferência de 1949, muitas delegações apresentaram uma visão de limitar as previsões legais aplicáveis aos CANIs para manter o direito de seus Estados defenderem sua soberania contra grupos armados opositores.²⁸ Essa visão pode ter sido responsável pelo fato de que ao final da conferência de 1949, apesar do tamanho das convenções adotadas, apenas um artigo foi destinado aos CANIs.

Apesar dos avanços das Convenções de Genebra de 1949, durante a segunda metade do século XX muitas mudanças políticas e sociais ocorreram em pouco tempo. O número de CANIs cresceu muito, passando a ser a principal forma de conflito e diversos povos passaram a lutar contra o domínio colonial, buscando sua independência. Essas mudanças e a necessidade de atualizar as Convenções de Genebra culminaram em uma conferência diplomática entre 1974 e 1977 que gerou os Protocolos Adicionais I e II às Convenções de Genebra.

A vantagem do sistema de protocolos adicionais reside no fato de que as disposições das Convenções de Genebra foram mantidas, não precisando ser rediscutidas, apenas sendo adicionadas as regras dos protocolos. Todavia, as negociações não foram simples, durando 4 anos. O Protocolo Adicional I (PA I) é aplicável apenas para conflitos internacionais, tendo ampliado seu escopo no artigo 1(4) para abarcar conflitos armados em que os povos lutam

²⁶ CICV, Commentary GC I, 2016, para 359. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC>> Acesso em: 21 set. 2022.

²⁷ Jean-Marie Henckaerts. **History and Sources** in Ben Saul and Dapo Akande (Eds). The Oxford Guide to International Humanitarian Law. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 5.

²⁸ CICV, Commentary GC I, *op. cit.*, para 385.

contra a dominação colonial, ocupação estrangeira ou contra regimes racistas.²⁹ Além disso, o PA I representou uma evolução na codificação das normas de condução das hostilidades (artigos 35-60), servindo como uma atualização das Convenções de Haia³⁰ e tornando, de certa forma, obsoleta a distinção entre Direito de Haia e Direito de Genebra, apresentada anteriormente.

Durante a mesma conferência também foi elaborado o Protocolo Adicional II (PA II) que suplementa o artigo comum 3º, mas só é aplicável em um tipo específico de CANI, segundo seu artigo 1º.³¹ Para a aplicação do PA II é necessário que o grupo armado que luta contra o Estado tenha um controle territorial que o permita realizar operações militares contínuas.

Assim como durante a elaboração do Artigo Comum 3º, as negociações do PA II foram difíceis. Durante a conferência, um dos principais objetivos dos países do sul global era o reconhecimento de lutas contra os regimes coloniais como conflitos internacionais. Uma vez alcançado esse objetivo no PA I, esses países perderam o interesse na regulamentação dos CANIs. Esse é um dos motivos apontados para o PA II ter significativamente menos artigos que o PA I (enquanto o primeiro conta com apenas 28 artigos, o segundo tem 102).³²

Durante a conferência diplomática, o CICV havia submetido um projeto de protocolo mais robusto que vinha sendo aceito pelas delegações com apenas algumas alterações. Entretanto, na última semana das negociações, diversas partes do rascunho do PA II foram deletadas. Alguns motivos podem ser elencados para essa simplificação. Após 4 anos de negociações, seria difícil obter um consenso com a versão elaborada do protocolo. Além disso, pode ser percebido que a simplificação do protocolo buscou retirar a responsabilidade dos Estados, eliminando a expressão “Altas Partes Contratantes”. Ademais, a retirada de tal expressão também teve o propósito de não conferir legitimidade para grupos armados.

²⁹ “As situações a que se refere o parágrafo precedente compreendem os conflitos armados nos quais os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas, no exercício do direito de livre determinação dos povos, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional referente às Relações de Amizade e Cooperação entre os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas.”

³⁰ Jean-Marie Henckaerts. **History and Sources** in Ben Saul and Dapo Akande (Eds). *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 6.

³¹ “O presente Protocolo, que desenvolve e completa o Artigo 3 comum às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, sem modificar suas condições de aplicação, atuais, se aplica a todos os conflitos armados que não estiverem cobertos pelo Artigo 1 do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (Protocolo I) e que ocorram no território de uma Alta Parte Contratante entre suas Forças Armadas e Forças Armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a direção de um comando responsável, exerçam sobre uma parte desse território um controle tal que lhes permita realizar operações militares contínuas e concentradas e aplicar o presente Protocolo.”

³² Jean-Marie Henckaerts. *op. cit.*, p. 6.

Principalmente os Estados recém-independentes temiam que um maior regramento dos CANIs poderia encorajar rebeliões. Todavia, deve ser apontado que esse raciocínio é enganoso, tendo em vista que os grupos armados já tinham direitos e obrigações perante o Direito Internacional desde a adoção do Artigo Comum 3º, em 1949.³³

A simplificação do PA II resultou em uma discrepância injustificada de regras previstas no PA I que seriam aplicáveis em CANIs, mas estão ausentes, tais como a proibição contra os ataques indiscriminados do artigo 51(4), a necessidade de proporcionalidade durante o dano colateral de civis do artigo 51(5)(b), a necessidade de tomar precauções viáveis durante um ataque do artigo 57³⁴ e a proibição da perfídia do artigo 37(1).³⁵ Apesar disso, a ausência dessas previsões legais para CANIs foi preenchida pelo direito costumeiro.^{36 37}

Além da simplificação do PA II, ao final de 1977 também ocorreu um movimento de países que simplesmente não ratificaram os protocolos adicionais. Enquanto as Convenções de Haia e de Genebra tiveram aceitação universal, 174 Estados ratificaram o PA I e 168 ratificaram o PA II. Dentre os não signatários, constam Estados importantes como os Estados Unidos, Israel, Turquia, Índia, Paquistão, Siri Lanka e Myanmar.³⁸

O presente subcapítulo não tem a intenção de esgotar o tema sobre a história do DIH. Existem diversos eventos não mencionados, como o desenvolvimento do DIH no século XXI e a adoção do III Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, em 2005, que lidou com a regulamentação de emblemas da Cruz Vermelha. O principal ponto deste subcapítulo, todavia, foi demonstrar o desenvolvimento do DIH, focando nas disparidades das regras aplicáveis aos conflitos internacionais e não internacionais, tema que será recorrente neste trabalho e pode responder em parte o problema de pesquisa sobre a assimetria de crimes de guerra.

³³ Jean-Marie Henckaerts. **History and Sources** in Ben Saul and Dapo Akande (Eds). The Oxford Guide to International Humanitarian Law. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 7/8.

³⁴ Protocolo Adicional I: “51(4): São proibidos os ataques indiscriminados. (...) (5) Considerar-se-ão indiscriminados, entre outros, os seguintes tipos de ataque: (...) b) os ataques quando se pode prever que causarão incidentalmente mortos e ferimentos entre a população civil, ou danos a bens de caráter civil, ou ambas as coisas, e que seriam excessivos em relação a vantagem militar concreta e diretamente prevista. (...) 57: Na conduta das operações militares um cuidado constante deve ser tomado para preservar a população civil, as pessoas civis e os bens de caráter civil.”

³⁵ Protocolo Adicional I: “37 (1): É proibido matar, ferir ou capturar um adversário valendo-se de meios perfídios. Constituirão perfídia os atos que, apelando para a boa fé de um adversário e com a intenção de atraí-lo, dêem a entender a este que tem direito à proteção, ou que está obrigado a concedê-la, em conformidade com as normas de Direito Internacional aplicáveis nos conflitos armados”.

³⁶ A definição de direito costumeiro será explorada no subcapítulo 2.2 deste trabalho.

³⁷ Dinstein, Yoram. **Non-International Armed Conflicts in International Law**. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 183.

³⁸ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 38.

2.2 Fontes do Direito Internacional Humanitário

Durante o subcapítulo 2.1, as fontes do DIH, principalmente os tratados e o direito costumeiro, foram muito utilizadas. Dessa forma, este breve subcapítulo busca conceituar de forma não exaustiva as principais fontes do DIH para uma melhor compreensão do desenvolvimento do Direito Humanitário e deste trabalho como um todo.

2.2.1 Tratados

Atualmente o DIH é um dos ramos do Direito Internacional mais codificados. Os tratados e protocolos aplicáveis são bem coordenados entre si. Além disso, existe uma tendência de os tratados mais novos suplementarem ou substituírem por inteiro os tratados mais antigos e menos detalhados, levando em conta novos desenvolvimentos tecnológicos e militares. Por conseguinte, a vantagem do uso de tratados internacionais é que suas regras são claras e podem ser aplicadas de forma imediata aos conflitos.³⁹

Por outro lado, a desvantagem do uso de tratados reside no fato de que eles não podem vincular Estados que não os ratificaram. Felizmente hoje os tratados de DIH estão entre os mais universalmente aceitos. Contudo, o processo de ratificação de tratados normalmente demora décadas sem contar os anos de negociação dos trabalhos preparatórios.⁴⁰ Tal observação está em consonância com o que foi apresentado no subcapítulo anterior, especialmente sobre o fato de que as negociações dos Protocolos Adicionais, que lidam com temas delicados como CANIs e guerras de libertação nacional, demoraram 4 anos para serem concluídas.

No Direito Internacional os tratados são tidos como sua principal e mais completa fonte. É apontado que este meio de codificação do direito garante mais segurança e estabilidade para as relações internacionais e torna o direito mais representativo, na medida em que se consubstancia na vontade livre e conjugada dos Estados e das organizações internacionais. Ademais, os tratados internacionais revogam as normas domésticas anteriores que lhes sejam contrárias e devem ser observados pelas partes que os ratificarem.⁴¹

³⁹ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 34.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Mazzuoli, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. [e-book], p. 120.

Um tratado internacional nada mais é do que um ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional. Tratado, porém, é a expressão genérica, sendo inúmeras as denominações utilizadas conforme a sua forma, conteúdo, objeto ou fim, como convenção, protocolo, convênio, etc.⁴² Para fins de conceituação, neste trabalho será utilizado o termo “tratado” a não ser que exista outra denominação específica.

Algumas características importantes dos tratados são a sua clareza quanto à codificação do direito e o fato de que só podem vincular os Estados que os ratificarem formalmente.⁴³ A ratificação é um ato administrativo mediante o qual o chefe de Estado confirma o tratado firmado em seu nome ou em nome do Estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário, geralmente após aprovação do tratado pelo Parlamento.⁴⁴ Ademais, os tratados regem-se pelo princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, devem ser cumpridos pelas partes que aderiram de forma voluntária.⁴⁵

Como a voluntariedade é um elemento central nos tratados internacionais, não faria sentido que um Estado ficasse vinculado a um tratado contra sua vontade. Para tais situações existe a denúncia do tratado, um ato unilateral pelo qual um partícipe em dado tratado exprime sua vontade de deixar de ser parte do compromisso internacional. A denúncia, no entanto, não pode ser realizada de forma parcial, devendo, se ocorrer, abarcar todo o tratado.⁴⁶

Dentro do DIH os tratados mais importantes atualmente são as Convenções de Genebra, seus Protocolos Adicionais e, em alguns aspectos, as Convenções de Haia. Entretanto, mesmo que hoje o tipo mais comum de conflito seja o CANI, dentre os tratados mencionados, apenas o Artigo Comum 3º e o PA II são aplicáveis a ele, sendo que o segundo é aplicável apenas para um tipo específico de conflito não internacional, conforme explicado no subcapítulo 2.1.

⁴² Accioly, Hildebrando, et al. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. [e-book], p. 155.

⁴³ Segundo o artigo 11 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969: “O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado.”

⁴⁴ Accioly, et al. *op. cit.*, p. 164.

⁴⁵ Segundo o artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.”

⁴⁶ A denúncia de um tratado apresenta outras nuances. Para uma visão mais completa conferir Mazzuoli, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. [e-book], p. 344.

2.2.2 Costume

O direito costumeiro ou consuetudinário é a segunda maior fonte do Direito Internacional, porém a mais antiga. Historicamente, o costume internacional foi a principal fonte do Direito Internacional até o século XVII, quando os tratados passaram a ganhar especial relevo no cenário internacional. Um ponto relevante que diferencia o costume dos tratados como fontes é o fato de que o direito costumeiro, uma vez estabelecido, tem efeito para todos os Estados, mesmo os reticentes com uma norma específica.⁴⁷

Por ter a capacidade de vincular todos os Estados, o costume é difícil de ser formado, tratando-se de um processo que pode levar anos e exige grande quantidade de pesquisa para ser descoberto e comprovado. Dois elementos são necessários para formar uma norma costumeira: o material ou objetivo e o psicológico ou subjetivo. Tais elementos podem ser encontrados na própria definição de costume trazida no art. 38, § 1º, alínea b do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ),⁴⁸ quando refere que o costume internacional consiste na “prova de uma prática geral” (elemento material), “aceita como sendo o direito” (elemento psicológico).⁴⁹

O elemento objetivo do direito costumeiro consiste na prática estatal, ou seja, a repetição generalizada, reiterada e uniforme de certos atos praticados pelos sujeitos do Direito Internacional ante a um quadro fático. Não obstante, a mera prática reiterada dos Estados não seria suficiente para formar o costume se ela fosse destituída de qualquer obrigatoriedade jurídica. O segundo fator necessário é o elemento subjetivo. A *opinio juris* (convicção do direito) consiste na crença dos atores da sociedade internacional de que aquilo que se pratica reiteradamente é obrigatório pelo fato de ser justo e parte do Direito.⁵⁰

No DIH, o costume normalmente tem uma função complementar aos tratados. Por não ser uma fonte escrita do direito, o costume tende a indicar princípios do DIH e pode mudar e se adaptar a novas situações consoante a prática dos Estados, sem depender das negociações

⁴⁷ Mazzuoli, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. [e-book], p. 120

⁴⁸ Estatuto da CIJ, artigo 38: “1. A Cômte[sic], cuja função é decidir de acordo[sic] com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.”

⁴⁹ Mazzuoli, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁰ *Ibid.*

comumente atreladas aos tratados. Ademais, muitas vezes os tratados especificam e codificam normas já cristalizadas anteriormente pelo costume.⁵¹

Com isso, o DIH costumeiro tem ultimamente tido um papel importante de “preencher as lacunas” do direito escrito entre CAIs e CANIs. O TPII contribuiu nesse sentido, determinando que diversas normas dos conflitos internacionais também são aplicáveis aos conflitos não internacionais pelo costume. Ademais, em 2005 o Estudo do Direito Consuetudinário do Comitê Internacional da Cruz Vermelha concluiu que 136 das 161 regras do DIH consuetudinário são as mesmas para os CAIs e para os CANIs.⁵²

2.3 Classificação de conflitos

A classificação de conflitos é um tema essencial dentro deste trabalho, tendo em vista a necessidade de se compreender a diferença entre conflitos armados internacionais e não internacionais para que a assimetria nos crimes de guerra em cada conflito faça sentido ao leitor. O histórico do DIH e suas fontes, apresentados nos subcapítulos anteriores, também são necessários para que se compreenda de uma melhor forma a classificação de conflitos.

O DIH divide os conflitos armados em dois tipos: internacionais e não internacionais. A nomenclatura não ajuda a entender a diferença entre os conflitos, pois a classificação depende do *status* das partes e do nível de violência entre elas, não sendo determinante para classificação se o conflito toma parte em apenas um país ou em mais territórios. Tais conflitos apresentam certas características diferentes e as normas aplicáveis para cada um evoluíram de formas diversas. Por conseguinte, o entendimento da classificação de conflitos é uma necessidade prática do DIH para saber quais normas são aplicáveis para cada situação.

2.3.1 Conflitos armados internacionais

Na definição do Artigo Comum 2º das Convenções de Genebra, conflitos armados internacionais são aqueles que ocorrem entre dois ou mais Estados soberanos.⁵³ Esse tipo de conflito foi considerado por muito tempo como o único tipo de conflito armado e boa parte dos

⁵¹ Melzer, Nils. **International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction**. Geneva: ICRC, 2016, p. 21-2. Disponível em: <<https://library.icrc.org/library/docs/DOC/icrc-4231-002-2019.pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

⁵² Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 46.

⁵³ Artigo Comum 2º às Convenções de Genebra: “(...) a presente Convenção se aplicará em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que surja entre duas ou várias das Altas Partes Contratantes, mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas.”

tratados de DIH, como as convenções de Haia e de Genebra, foram em larga medida pensados para esse tipo de situação.

É interessante notar que o referido artigo menciona que as Convenções de Genebra se aplicam não apenas em casos de guerra declarada, mas também em “qualquer outro conflito armado que surja entre duas ou várias das Altas Partes Contratantes”. Isso significa que a aplicação do DIH em CAIs deixa de ser vinculada à vontade subjetiva dos Estados de reconhecer (ou não) o estado de guerra, mas passa a depender apenas da existência de condições materiais específicas.⁵⁴

Para que exista um conflito armado internacional, não é necessário que ele se prolongue no tempo ou que tenha um certo número de vítimas. Assim que as forças armadas de um Estado se encontrarem com membros feridos ou rendidos das forças armadas, ou civis de outro Estado em suas mãos, assim que detiverem prisioneiros ou controle sobre uma parte do território do Estado inimigo, as normas para conflitos internacionais são acionadas. Em suma, para existir um conflito internacional, basta que exista o uso da força entre dois ou mais Estados.⁵⁵

Dessa forma, a intensidade da violência para que ocorra um conflito internacional é muito baixa. Tal fato está relacionado com a soberania dos Estados; assim que as forças armadas de um Estado violam o espaço territorial de outro, existe uma ameaça à soberania do Estado atacado e, desde que ele não concorde com o uso de força utilizado, o DIH para conflitos internacionais é aplicável.

No entanto, existem situações de agressão entre Estados que, excepcionalmente, não ativam a aplicação do DIH para CAIs. Casos de uso da força por acidente, identificação errada de alvos ou incursão no território inimigo por falha de sistemas de localização, não provocam a existência de um CAI.⁵⁶ Da mesma forma, atos cometidos por membros das forças armadas em total desacordo com a vontade do respectivo Estado, exceto se forem posteriormente autorizados, também não implicam na aplicação das regras dos conflitos internacionais.⁵⁷

⁵⁴ Vité, Sylvain. **Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations**. *International Review of the Red Cross*, 91(873), 69-94, 2009, p. 72.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, p. 72/73.

⁵⁷ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 169.

A segunda parte do Artigo Comum 2º às Convenções de Genebra descreve outra hipótese de aplicação das regras para CAIs.⁵⁸ A ocupação é entendida como uma situação em que a potência ocupante consegue exercer controle territorial efetivo sobre outro Estado. É importante notar que, segundo o Artigo Comum 2º, a ocupação resta configurada mesmo que não haja resistência armada, bastando que o Estado em questão não consinta com a presença de forças armadas de outro Estado em seu território. Tal previsão teve a intenção de evitar situações como a anexação da Tchecoslováquia pela Alemanha na II Guerra Mundial.⁵⁹

A ocupação também pode ocorrer de maneira indireta se a potência ocupante exercer controle do território de outro Estado através de um subordinado. Nesses casos, a administração do Estado ocupado estaria agindo em nome do Estado ocupante. A situação recente em Nagorno-Karabakh constitui um exemplo de ocupação indireta com base no fato de que a Armênia comanda a administração que exerce o controle da chamada “República de Nagorno-Karabakh”, reconhecida como parte do Azerbaijão.⁶⁰

Uma vez configurada a ocupação, está constituído um conflito internacional e o DIH é aplicável, principalmente através da IV CG. A convenção prevê diversas obrigações para a potência ocupante, como interferir na vida civil o mínimo possível, garantir a ordem pública e a vida dos civis. Além disso, a potência ocupante é proibida de impor sua própria legislação no território ocupado. Caso isso acontecesse, por definição deixaria de se tratar de uma ocupação, mas se tornaria uma anexação.⁶¹

Existe outra forma de configuração de um conflito internacional que só foi prevista no PA I, em 1977. Conforme comentado no subcapítulo 2.1, nas décadas após a adoção das Convenções de Genebra ocorreram diversas mudanças sociais que culminaram com a adição de guerras de libertação nacional nas hipóteses previstas para conflitos internacionais. Na prática, essa mudança conferiu o *status* de combatente para membros de movimentos de libertação nacional que lutam contra dominação colonial, implicando que eles não podem ser

⁵⁸ “A Convenção se aplicará igualmente, em todos os casos de ocupação da totalidade ou de parte do território de uma Alta Parte Contratante, mesmo que essa ocupação não encontre resistência militar.”

⁵⁹ Akande, Dapo. **Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts** in E Wilmshurst (ed), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford Legal Studies Research Paper No 50/2012, p. 18. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2132573>> Acesso em: 20 set. 2022.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 18-9.

⁶¹ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. p. 323-4.

processados pelo mero fato de terem pegado em armas e, uma vez capturados, têm direito a ser reconhecidos como prisioneiros de guerra e não criminosos.⁶²

Conforme referido anteriormente, as negociações para adoção do PA I não foram simples, tendo em vista se tratar de um tema delicado. A aplicação do conceito de CAIs com a inclusão de guerras de libertação nacional é especialmente polêmica, pois nenhum líder apoiaria tal classificação se isso implicar assumir que seu Estado é um dominador colonial, um ocupante estrangeiro ou um regime racista. Estados como Israel, África do Sul ou Turquia, não se tornaram partes do Protocolo I para evitar qualquer risco. Todavia, a definição ampliada de CAI do PA I só foi utilizada uma vez em 2015 para reconhecer o movimento de libertação nacional de Polisário, que luta contra Marrocos por sua autodeterminação.⁶³

Por fim, um CAI também pode ser configurado quando um Estado entrar em conflito com outro indiretamente através de um grupo armado. O conhecido como conflito internacional por procuração (*proxy*), ocorreu muito durante a Guerra Fria, em que os Estados Unidos e a então União Soviética controlavam indiretamente grupos armados para lutar contra governos locais. Tal acontecimento pôde ser observado no Iraque, Afeganistão, República Democrática do Congo e na Ossétia do Sul.⁶⁴

A lógica por trás do conflito *proxy* é que a influência de um Estado sobre um grupo armado que luta contra outro Estado, confere caráter internacional para o conflito. Em verdade, temos um Estado usando força contra outro através de um grupo armado “fantoche”. Com isso, a questão que surge é: qual o nível de controle que o Estado precisa ter sobre o grupo armado para configurar um conflito internacional por *proxy*?

A CIJ decidiu em 1986 no caso EUA vs. Nicarágua que o nível de controle do Estado sobre o grupo armado necessário para configurar um CAI seria o “controle efetivo”, em que o grupo armado seria totalmente dependente do Estado.⁶⁵ Por outro lado, em 2001 o TPII decidiu no caso *Tadić* que seria suficiente, tanto para classificação de conflitos, quanto para atribuição de responsabilidade estatal, que o Estado tivesse um controle geral sobre o grupo (*overall control*), indo além do mero financiamento e armamento de tais forças, mas envolvendo

⁶² Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. 178/179.

⁶³ *Ibid.*, p. 179.

⁶⁴ Akande, Dapo. **Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts** in E Wilmshurst (ed), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford Legal Studies Research Paper No 50/2012, p. 35-6. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2132573>> Acesso em: 20 set. 2022.

⁶⁵ CIJ, *Nicaragua v. United States*, Judgment of 27 of June 1986, para. 115.

também a participação no planejamento e supervisão de operações militares.⁶⁶ Hoje, o CICV segue a posição do TPII, enquanto o TPI também o faz, pelo menos para fins de classificação dos conflitos.⁶⁷

Em resumo: o TPI definiu os tipos de conflitos internacionais da seguinte forma no caso *Lubanga*:

A Câmara considera um conflito armado de caráter internacional se ocorre entre dois ou mais Estados; isso inclui a ocupação parcial ou total do território de outro Estado, quer a referida ocupação encontre ou não resistência armada. Além disso, um conflito armado interno que ocorre no território de um Estado pode se tornar internacional – ou, dependendo das circunstâncias, ser de caráter internacional junto de um conflito armado interno – se (i) outro Estado intervém nesse conflito por meio de suas tropas (intervenção direta), ou se (ii) alguns dos participantes do conflito armado interno agem em nome desse outro Estado (intervenção indireta).⁶⁸

2.3.2 Conflitos armados não internacionais

Existem dois tipos de conflitos armados não internacionais, primeiro temos aquele que ocorre entre um Estado e um grupo armado ou apenas entre grupos armados. Esse tipo de CANI tem a aplicação do Artigo Comum 3º e do direito costumeiro. Por outro lado, também existe o CANI no sentido do PA II, que se limita a situações em que um Estado luta contra um grupo armado organizado com comando responsável, que exerce controle sobre uma parte do território, permitindo a realização de operações militares contínuas e a aplicação do Protocolo.

O ponto central da diferença entre CAIs e CANIs é que o último sempre terá a presença de um grupo armado não estatal, tanto lutando contra um Estado, como contra outro grupo armado. Tal fato faz com que não exista o conceito de combatente em conflitos não internacionais. Por não aceitar que seus cidadãos entrem em guerra contra o próprio governo, nenhum Estado renunciaria o direito de processar quem participasse em uma rebelião.⁶⁹ Por outro lado, em conflitos internacionais o privilégio de combatente confere aos membros das

⁶⁶ TPII, Prosecutor v. Tadić (IT-94-1-A) Judgment Appeals, Appeals Chamber, Merits, 15 July 1999. paras. 131-7.

⁶⁷ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 173-4.

⁶⁸ “The Chamber considers an armed conflict to be international in character if it takes place between two or more States; this extends to the partial or total occupation of the territory of another State, whether or not the said occupation meets with armed resistance. In addition, an internal armed conflict that breaks out on the territory of a State may become international – or, depending upon the circumstances, be international in character alongside an internal armed conflict – if (i) another State intervenes in that conflict through its troops (direct intervention), or if (ii) some of the participants in the internal armed conflict act on behalf of that other State (indirect intervention)”. TPI, Prosecutor v. Lubanga (ICC-01/04-01/06), Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber, 29 January 2007, para 209. (Tradução nossa).

⁶⁹ Sassòli, *op. cit.*, p. 209/210.

partes do conflito o direito de participarem das hostilidades sem enfrentarem perseguição criminal por tal fato, além de serem tratados como prisioneiros de guerra quando capturados.

Dessa forma, tanto o conceito de combatente, quanto o de prisioneiro de guerra só são aplicáveis em conflitos internacionais. Ademais, alguns conceitos vistos anteriormente, como o de ocupação, também não podem ser aplicados aos CANIs. Logicamente, se a ocupação demanda a participação de pelo menos dois Estados (uma potência ocupante e o Estado ocupado), tal categoria implica a existência de um CAI. Essas incompatibilidades lógicas entre certos conceitos do DIH para conflitos não internacionais são responsáveis em parte pela não aplicação em CANIs de algumas regras previstas inicialmente para CAIs.

Diferentemente dos CAIs, os CANIs precisam ter um certo nível de violência e de organização do(s) grupo(s) armado(s) envolvido(s). O art. 1(2) do PA II descreve especificamente situações que não englobam CANIs como: distúrbios e tensões internas, motins, atos isolados e esporádicos de violência e outros atos de natureza similar.⁷⁰ Ademais, no caso *Haradinaj* o TPII avaliou os critérios para indicar o nível de violência necessário para a existência de um CANI, citando fatores como: o número, duração e intensidade dos confrontos, o tipo e o calibre das armas utilizadas, o número de munições disparadas, o número de pessoas e o tipo de forças que participam do conflito, o número de vítimas, a extensão da destruição material, o número de civis desabrigados e o envolvimento do Conselho de Segurança da ONU.⁷¹

Os critérios de organização dos grupos armados também foram acessados pelo TPII no mesmo caso, sendo os seguintes: existência de uma estrutura de comando e regras disciplinares; a existência de uma sede; o fato de o grupo controlar um determinado território; a capacidade do grupo de obter acesso a armas e outros equipamentos militares, recrutas e treinamento militar; sua capacidade de planejar, coordenar e realizar operações; sua capacidade de definir uma estratégia militar unificada e sua capacidade de negociar e concluir acordos.⁷²

Nesse sentido, é importante fazer a ressalva de que os limiares de violência e organização para a existência de um CANI não são exatos e precisam ser analisados caso a caso. A jurisprudência do caso *Haradinaj* oferece critérios de avaliação não exaustivos para os

⁷⁰ “O presente Protocolo não se aplica às situações de tensões internas e distúrbios internos, tais como os motins, os atos esporádicos e isolados de violência e outros atos análogos, que não são considerados conflitos armados.”

⁷¹ TPII, *Prosecutor v Ramush Haradinaj*, (IT-04-84-T), Judgment, Trial Chamber, 3 April 2008, para 49.

⁷² *Ibid.*, para 60.

limiares de violência e organização, sendo que não é necessário cumprir todos os critérios elencados para se constituir um CANI.⁷³

Outra ressalva importante refere-se às considerações humanitárias de aplicação do DIH quando os limiares de violência e organização não estiverem claros. Antigamente, doutrinadores como Jean Pictet sugeriam que o Artigo Comum 3º deveria ser aplicado da forma mais ampla possível. Todavia, como hoje o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é mais desenvolvido, entende-se que em situações limite ele seria mais protetivo que o DIH. Por exemplo, com a aplicação do DIH para CANIs, membros de grupos armados podem ser atacados e eventualmente mortos enquanto estiverem em situação de combate, o que não seria aceito pelo DIDH,⁷⁴ que admite poucas excludentes de ilicitude para morte de uma pessoa, como a condição específica de legítima defesa.

Por outro lado, o CANI descrito no PA II tem limiares de violência e organização estabelecidos pelo próprio protocolo. Como visto anteriormente, o artigo 1º do PA II exige especificamente que o grupo armado exerça um controle territorial tal que permita a realização de operações militares. O controle territorial foi apontado no caso *Haradinaj* como um dos fatores indicativos da organização de um grupo armado para configuração de um CANI no sentido do Artigo Comum 3º, no entanto, o controle territorial é uma exigência imprescindível para a configuração de um CANI no sentido do PA II.

Uma interpretação mais ampla desse critério poderia significar que um controle territorial limitado e temporário seria suficiente para a aplicação do PA II, aproximando o CANI definido no protocolo do CANI definido no Artigo Comum 3º. Diferentemente, uma interpretação restritiva significaria aceitar apenas um controle territorial similar ao que um Estado exerce, aproximando o CANI do PA II de um verdadeiro CAI.⁷⁵ O CICV adota uma posição intermediária, aceitando que o controle territorial pode ser exercido apenas nas áreas rurais, por exemplo. No entanto, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha acrescenta que a própria natureza das obrigações apresentadas no PA II implica que deve haver algum grau de estabilidade no controle, mesmo de um pequeno território.⁷⁶

⁷³ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 181-2.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 183.

⁷⁵ Vité, Sylvain. **Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations**. International Review of the Red Cross, 91(873), 69-94, 2009, p. 79.

⁷⁶ CICV, Commentary on the Additional Protocol II, 1987. para. 4467. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=15781C741BA1D4DC C12563CD00439E89>> Acesso em: 21 set. 2022.

2.3.3 Conflitos não internacionais “internacionalizados” e conflitos mistos

Ainda, existe a possibilidade de um conflito não internacional ser “internacionalizado” por uma intervenção estrangeira. Se um Estado passa a atuar em um CANI contra o grupo armado e com a autorização do Estado territorial, não existe muita controvérsia de que as relações de ambos os Estados com o grupo armado serão classificadas como um CANI. Todavia, a situação fica mais complexa se o Estado intervir em um CANI preexistente apoiando o grupo armado contra o Estado territorial. Nesse caso, se o Estado interventor tiver “controle” do grupo armado (seja controle geral ou controle efetivo, conforme discutido no subcapítulo anterior), o CANI se transformará em um CAI.⁷⁷

Entretanto, existe mais uma possibilidade de “internacionalização” de um conflito não internacional: se o Estado interventor não alcançar o limiar de controle necessário do grupo armado, mas entrar em confronto diretamente com o Estado territorial. Nesse caso, como o grupo armado não está agindo em nome do Estado interventor (pois não é controlado por ele), entende-se que as relações entre o Estado territorial e o grupo armado continuam sendo um CANI, enquanto o confronto entre os dois Estados é, logicamente, internacional.⁷⁸

Outro cenário possível pode ocorrer caso o Estado interventor engaje em um CANI preexistente contra o grupo armado, mas sem o consentimento do Estado territorial. Nesses casos, parte da doutrina considera que, mesmo que o ataque não tenha sido dirigido contra as estruturas do governo, o uso da força desautorizado implica a violação da soberania do Estado territorial e, portanto, a existência de um CAI entre os Estados e de um CANI entre cada Estado e o grupo armado.⁷⁹ Esse foi o caso reconhecido pelo TPI, quando a Uganda invadiu a República Democrática do Congo para lutar contra um grupo armado, em 1999.⁸⁰ No mesmo sentido, os ataques da Turquia contra o grupo armado curdo no Iraque desde 2015, sem o consentimento do governo iraquiano, podem ser considerados como um CAI entre a Turquia e o Iraque.⁸¹

⁷⁷ Melzer, Nils. **International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction**. Geneva: ICRC, 2016, p. 74. Disponível em: <<https://library.icrc.org/library/docs/DOC/icrc-4231-002-2019.pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Akande, Dapo. **Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts** in E Wilmschurst (ed), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford Legal Studies Research Paper No 50/2012, p. 59/60. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2132573>> Acesso em: 20 set. 2022.

⁸⁰ TPI, Prosecutor v. Lubanga, (ICC-01/04-01/06), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber, 14 March 2012.

⁸¹ *Geneva Academy*. Disponível em: <<https://www.rulac.org/browse/conflicts/international-armed-conflict-in-iraq#collapse1accord>> Acesso em 26 set. 2022.

Essa coexistência de normas para CAIs e CANIs em uma mesma situação é referida como conflito misto. Nesse tipo de conflito peculiar, mas comum atualmente, surge a questão de qual legislação aplicar. Por um lado, parece pouco realista aplicar separadamente as regras para CAIs e CANIs em um mesmo conflito.⁸² Todavia, conforme mencionado anteriormente, certos conceitos de conflitos internacionais são logicamente inaplicáveis em conflitos não internacionais, de forma que também seria desafiador aplicar em bloco as regras dos CAIs ao conflito misto.

Para concluir o presente capítulo, algumas premissas podem ser estabelecidas para o restante deste trabalho. Primeiramente, foi estabelecido que o DIH aplicável para CAIs é mais antigo e se desenvolveu de uma forma a propiciar mais previsões legais, pelo menos em termos de direito dos tratados. Por outro lado, o DIH dos CANIs se desenvolveu mais recentemente, com muito menos previsões legais de tratados, sendo que o DIH costumeiro considera que muitas regras dos CAIs são aplicáveis nos dois tipos de conflito.

Por fim, a assimetria no direito dos tratados aplicável para CAIs e CANIs tem dois principais motivos; o primeiro é impossibilidade conceitual de acabar com toda a diferença entre os dois tipos de conflito e o segundo é o temor dos Estados de legitimar grupos armados e enfraquecer sua soberania.

⁸² Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 186.

3 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CRIME DE GUERRA: DE NUREMBERG À ROMA

Este capítulo busca integrar os conceitos do DIH apresentados no capítulo anterior com a evolução do Direito Internacional Criminal, chegando, por fim, na discussão sobre a assimetria nos crimes de guerra. Nesse sentido, busca-se explorar a evolução do conceito de crime de guerra em conjunto com a história do DIC.

Pode-se dizer que o Direito Internacional Criminal se relaciona com o DIH, na medida em que serve como uma de suas formas de implementação. Por outro lado, os crimes de guerra foram um dos primeiros a serem codificados pelo DIC, de forma que, o DIH serve de base para compreender esse tipo de crime.⁸³

O Direito Internacional Criminal consiste em um ramo do Direito Internacional que prescreve categorias de crimes e estabelece as regras sobre a responsabilidade criminal daqueles que os cometem.⁸⁴ Com isso, o DIC se relaciona com o DIH, especificamente no campo da responsabilização individual por violações. Existem diversas possíveis violações do DIH, no entanto, aquelas que se ligam com o DIC são justamente os crimes de guerra.

3.1 A origem do conceito de crime de guerra

A noção de crime de guerra surgiu a partir da metade do século XIX. Junto com a pirataria, os crimes de guerra constituíram a primeira exceção ao conceito de responsabilização coletiva. Dentro dessa noção, apenas Estados poderiam ser responsabilizados por atos cometidos por seus oficiais.⁸⁵ Todavia, nos crimes de guerra é prevista a responsabilidade criminal individual do agente de forma independente da responsabilidade estatal.⁸⁶ Tal tipo de responsabilidade atrai a competência do Direito Internacional Criminal.

A responsabilidade individual criminal se diferencia das demais formas de responsabilização, como a estatal, devido a sua configuração. Ao invés de um Estado processando outro, com paridade de armas, a responsabilidade individual se caracteriza pelo

⁸³ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 443-4.

⁸⁴ Cassese, Antonio. **International Criminal Law**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 63.

⁸⁶ Cryer, Robert, Et al. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. 2ª ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 15.

indivíduo sendo processado pelo aparato estatal. Tal configuração peculiar enseja a aplicação de diversos princípios do Direito Internacional Criminal, como a especial observância da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos padrões de Direitos Humanos.⁸⁷

O Direito Internacional Criminal determina condutas proibidas com base nos valores protegidos pelo Direito Internacional. Nesse sentido, crimes internacionais (entre eles os crimes de guerra) são considerados aqueles que prejudicam a comunidade internacional como um todo, ou que violem interesses fundamentais protegidos pelo Direito Internacional.⁸⁸ Dessa forma, crimes de guerra são, em suma, violações graves do DIH, que prevejam a responsabilidade criminal individual.⁸⁹

Um ponto importante de ser compreendido é que nem toda a violação do DIH corresponde a um crime de guerra. Com a adoção das Convenções de Genebra, em 1949, passou a vigorar o sistema de “*grave breaches*”, prevendo expressamente nas convenções e, posteriormente, no PA I, violações que deveriam ser consideradas crimes de guerra.⁹⁰ Todavia, o conceito de “*grave breaches*” só existe em conflitos internacionais, de forma que, por muito tempo, os crimes de guerra só eram previstos para esse tipo de conflito.⁹¹

3.2 Tribunal Penal Militar de Nuremberg

Conforme a II Guerra Mundial avançava e sua violência era revelada através de diversos crimes de guerra e contra a humanidade, a persecução penal de tais crimes se tornou um objetivo para os países Aliados.⁹² Um dos principais marcos para concretizar tal objetivo foi a Declaração de Moscou de 1943. Quando a derrota da Alemanha já era prevista, Churchill, Roosevelt e Stalin assinaram a declaração que definiu, entre outros pontos, o julgamento dos militares, líderes nazistas e outros indivíduos que tenham participado nas atrocidades cometidas durante a guerra.⁹³

⁸⁷ Cryer, Robert, Et al. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. 2ª ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 430.

⁸⁸ *Ibid*, p. 6-7.

⁸⁹ *Ibid*, p. 267.

⁹⁰ Artigos comuns às Convenções de Genebra: 50/51/130/147; PA I, artigos 11(4), 85 e 86.

⁹¹ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 152.

⁹² Ambos, Kai. **Treatise on International Criminal Law Volume I: Foundations and General Part**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 4.

⁹³ MOSCOW, Declaration on atrocities, 1943. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/3c6e23/pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

Em agosto de 1945, após a vitória dos Aliados sobre a Alemanha nazista, os governos dos EUA, URSS, Reino Unido e o governo provisório da França assinaram o chamado Acordo de Londres. Nesse acordo ficou definido que os referidos governos, agindo no interesse das Nações Unidas, instituiriam um Tribunal Militar Internacional para julgar os crimes cometidos durante a II Guerra Mundial. A jurisdição deste tribunal, posteriormente conhecido como Tribunal de Nuremberg, abarcava os crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Além disso, o Tribunal estabeleceu a responsabilização individual dos acusados, mesmo quando fossem oficiais do governo, ou quando tenham cumprido ordens de superiores hierárquicos.⁹⁴

A criação do Tribunal de Nuremberg marcou um ponto crucial na história do Direito Internacional Criminal, sendo a primeira vez na história moderna que a responsabilidade criminal individual foi aplicada em crimes de guerra em um conflito internacional. Outro marco estabelecido em 1945 foi o de que, não apenas os indivíduos deveriam ser responsabilizados por seus crimes perante a comunidade internacional, mas que oficiais de alta patente, políticos e agentes privados que, de alguma forma, contribuíram para o resultado do crime em questão, não deveriam ser isentos dessa responsabilidade.⁹⁵

Apesar dos avanços para o DIC, o Tribunal de Nuremberg sofreu diversas críticas. Primeiramente, é importante notar a lógica da “justiça dos vencedores” em que apenas nacionais dos países do Eixo foram processados, mesmo que os Aliados tenham cometido diversos crimes de guerra.⁹⁶ Em segundo lugar, o estatuto do tribunal foi criado após os acontecimentos levados a julgamento, violando o princípio da anterioridade da lei penal e aplicando a lei *ex post facto*.⁹⁷

No mesmo contexto da criação do Tribunal de Nuremberg, também vale mencionar o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, conhecido como Tribunal de Tóquio. Criado em 1946, após a rendição do Japão, o tribunal foi criado pela proclamação do General Douglas MacArthur, com a autorização dos Estados Aliados. O tribunal julgou crimes contra a paz e crimes de guerra cometidos pelos japoneses durante a II Guerra Mundial e sofreu as

⁹⁴ Ambos, Kai. **Treatise on International Criminal Law Volume I: Foundations and General Part**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 4/5.

⁹⁵ Cassese, Antonio. **International Criminal Law**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 63-4.

⁹⁶ Accioly, Hildebrando, et al. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. [e-book], p. 1179-1181.

⁹⁷ Cassese, *op. cit.*, p. 30.

mesmas críticas que o Tribunal de Nuremberg, com a adição de que em Tóquio, o Imperador japonês não foi indiciado por conta de questões políticas.⁹⁸

3.3 Os Tribunais *Ad hoc* e a introdução de crimes de guerra em conflitos não internacionais

Com a queda do Muro de Berlim e o fim da União Soviética, os países do bloco ocidental estavam comemorando o fim da Guerra Fria em 1990. Todavia, apenas 2 anos após, a recém-estabelecida paz começou a ser ameaçada na Europa. A situação na Iugoslávia, uma ex república da União Soviética, começou a se deteriorar, resultando em uma série de crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Dois anos após o início da guerra na Iugoslávia, o continente africano também passou a chamar atenção da comunidade internacional com o genocídio ocorrido em Ruanda em 1994. Esses dois eventos provocaram a criação dos Tribunais *Ad hoc* pelo Conselho de Segurança da ONU.⁹⁹

3.3.1 Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia

A Iugoslávia foi criada em 1919 a partir de uma colcha de retalhos de Estados após o colapso dos impérios austríaco e otomano durante a I Guerra Mundial. As tensões entre as etnias que compunham o novo Estado nunca desapareceram e pioraram durante a II Guerra Mundial. Quando o presidente Tito morreu em 1981, uma nova geração de líderes começou a dividir o país. Em 1991, primeiro a Eslovênia e depois a Croácia, declararam independência do que consideravam ser uma federação dominada pelos sérvios. Reagindo ao que parecia ser um rompimento inevitável, o regime de Belgrado procurou demarcar as áreas dos Estados separatistas nos quais havia uma grande população sérvia. Com as fronteiras em disputa, todos os lados cometeram "limpeza étnica" para reforçar as suas ambições territoriais.¹⁰⁰

Em resposta à violação de direitos humanos na Iugoslávia, a Comissão da ONU para Direitos Humanos convocou sua primeira sessão especial, na qual foi adotada a resolução

⁹⁸ Cryer, Robert, Et al. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. 2ª ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 115/119.

⁹⁹ Maogoto, Jackson. The Experience of the Ad Hoc Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda in Doria, J., Gasser, H., & Bassiouni, M. C. (Eds.). **The Legal Regime of the International Criminal Court**. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2009, p. 63-4.

¹⁰⁰ Schabas, William. **The UN international criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 13.

1992/S-1/1, em 14 de agosto de 1992. Após investigações conduzidas pela comissão, chegou-se à conclusão da necessidade de processar os responsáveis pelas violações de Direitos Humanos e do DIH no território da Iugoslávia. Finalmente, em maio de 1993, em uma decisão sem precedentes, o Conselho de Segurança da ONU criou, com base no Capítulo VII da Carta da ONU, o Tribunal Penal Internacional para Iugoslávia, com jurisdição para processar os responsáveis por violações graves do DIH no território do país desde 1991.¹⁰¹

A situação na Iugoslávia levantou uma discussão importante sobre crimes de guerra em conflitos não internacionais. Na época de elaboração do estatuto do tribunal, a visão majoritária era de que a noção de crimes de guerra só existiria em conflitos internacionais. O argumento para tal entendimento era o de que não havia certeza se o Artigo Comum 3º e os Protocolos Adicionais I e II faziam parte do direito costumeiro.¹⁰² Nesse sentido, é importante apontar que em 1993 inclusive o CICV tinha a opinião de que a noção de crimes de guerra era limitada a situações de conflito armado internacional.¹⁰³ Com isso, o estatuto do tribunal não especificou crimes de guerra cometidos em CANIs.

Todavia, a situação na Iugoslávia pode ser interpretada como um conflito não internacional. A situação na qual um Estado se desfaz devido às diferenças exacerbadas entre os povos que o compõem, levanta a questão de até quando tal conflito armado pode ser considerado internacional. Se o conflito tinha intensidade suficiente e os grupos armados atendiam ao critério de organização (explicado no subcapítulo 2.3.2), existe um CANI antes que os grupos separatistas sejam reconhecidos como Estados independentes.

3.3.1.1 O Caso *Tadić*

A natureza do conflito na Iugoslávia foi avaliada pelo primeiro caso a ser julgado pelo TPII. O caso *Tadić*, conhecido como o mais importante julgado pelo Tribunal, versa sobre acusações de crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos contra bósnios muçulmanos na Bósnia-Herzegovina. *Duško Tadić*, presidente do Conselho Local do Partido

¹⁰¹ Maogoto, Jackson. The Experience of the Ad Hoc Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda in Doria, J., Gasser, H., & Bassiouni, M. C. (Eds.). **The Legal Regime of the International Criminal Court**. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2009, p. 64/66.

¹⁰² Schabas, William. **The UN international criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 232.

¹⁰³ La Haye, Eve. **War Crimes in Internal Armed Conflicts**. (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 131.

Democrático Sérvio, foi acusado de ter participado do assassinato, tortura, abuso sexual e outros maus tratos praticados contra bósnios muçulmanos em campos de prisioneiros, em 1992.¹⁰⁴

Em 1997 o caso foi levado a julgamento e a Câmara Criminal do Tribunal absolveu *Tadić* de diversos crimes de guerra por entender que se tratava de um conflito não internacional entre um grupo armado e a Bósnia-Herzegovina, e que esse grupo armado não passava no teste de controle efetivo (explicado no subcapítulo 2.3.1). Como o grupo armado em questão não poderia ser considerado como um órgão da República da Iugoslávia, foi concluído que os crimes julgados foram cometidos em um CANI. Como as vítimas não poderiam ser consideradas como “pessoas protegidas” no sentido das Convenções de Genebra, pois eram nacionais do próprio Estado, o acusado foi absolvido das acusações por crimes de guerra.¹⁰⁵

Todavia, o caso passou por uma reviravolta no julgamento da apelação da promotoria do tribunal. Em julho de 1999, a Câmara de Apelações do TPII reverteu a decisão de 1997, condenando *Tadić* por crimes de guerra, com base nos seguintes argumentos. Primeiramente, o critério de controle efetivo do grupo armado foi rejeitado, sendo considerado suficiente que a República da Iugoslávia exercesse um controle geral (*overall control*, explicado no subcapítulo 2.3.1) sobre o grupo em questão, com isso, tornando o conflito internacional. Como decorrência lógica, as Convenções de Genebra seriam aplicáveis e a Câmara de Apelações também entendeu que as vítimas seriam “pessoas protegidas” ainda que tivessem a mesma nacionalidade do grupo armado, pois sua lealdade era para com a Bósnia-Herzegovina, enquanto a lealdade do grupo armado era para com a República da Iugoslávia.¹⁰⁶

No entanto, a decisão mais relevante extraída do caso *Tadić*, para os propósitos deste trabalho, foi a decisão da Câmara de Apelações sobre o desafio à jurisdição. A defesa de *Duško Tadić* desafiou a jurisdição do TPII, entre outros argumentos, alegando que o Tribunal não teria jurisdição material sobre crimes cometidos em um CANI, quando seu estatuto previa crimes de guerra apenas em CAIs. O Tribunal rejeitou o fundamento da apelação, justificando que a noção de conflito armado internacional não era um critério determinante para a jurisdição, que tinha jurisdição sobre crimes de guerra cometidos em ambos os tipos de conflito e que, portanto, não precisava determinar se o conflito era internacional ou não para este fim.¹⁰⁷ Ademais, o artigo

¹⁰⁴ TPII, Prosecutor v *Tadić* (No IT-94-1-T), Judgment, Trial Chamber (7 May 1997). para. 180-192.

¹⁰⁵ *Ibid.*, para. 607-8.

¹⁰⁶ TPII, Prosecutor v. *Tadić* (IT-94-1-A) Judgment Appeals, Appeals Chamber, Merits, 15 July 1999. paras. 162-171.

¹⁰⁷ TPII, Prosecutor v *Tadić* (IT-94-1-AR72), Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995, para 65.

3º do estatuto do tribunal menciona violações dos “costumes de guerra” abrindo margem para uma interpretação de que violações dos costumes em CANIs também estariam criminalizadas.¹⁰⁸

Para justificar o reconhecimento de crimes de guerra em um CANI, o Tribunal estipulou os seguintes requisitos: (i) precisa existir a violação de uma norma de DIH; (ii) a norma deve ser consuetudinária ou estar prevista em algum tratado; (iii) a violação deve ser "grave", ou seja, deve atingir valores importantes, e implicar graves consequências para a vítima; e (iv) a violação da norma deve implicar, no direito consuetudinário ou convencional, a responsabilidade penal individual do infrator. Dessa forma, o principal argumento para o reconhecimento de crimes de guerra em CANIs foi sua previsão no direito costumeiro.¹⁰⁹

É preciso fazer um adendo sobre a conclusão do TPII neste caso. A afirmação de que o direito costumeiro já previa crimes de guerra em CANIs foi complexa e demandou uma longa análise do Tribunal. Foi argumentado que a previsão de responsabilidade penal para violações do DIH em CANIs podia ser justificada pela prática de diversos Estados que demonstravam intenção de criminalizar esse tipo de conduta. Um dos principais pontos elencados foi o de que a Iugoslávia tinha retificado o PA II e o implementado no seu direito interno, além de que a Bósnia-Herzegovina assinou acordos se comprometendo a reprimir violações do DIH.¹¹⁰

Tais conclusões do TPII foram de imensa importância no desenvolvimento do DIH e do DIC, por preverem o conceito de crime de guerra em um conflito não internacional. Todavia, as decisões do TPII e, especificamente, as do caso *Tadić*, não foram isentas de críticas. Sassòli argumenta que o critério para estabelecer o conceito de “pessoas protegidas” baseado na lealdade a uma parte do conflito ao invés da nacionalidade, é pouco claro. Ademais, ao contrário da nacionalidade que é mais facilmente verificável, a lealdade a uma parte pode mudar rapidamente ao longo do conflito.¹¹¹

Outra crítica constante ao TPII foi a alegação de que o Tribunal teria violado, de certa forma, o princípio da legalidade penal. O Tribunal teria adotado uma versão mais “relaxada”

¹⁰⁸ ONU, Resolution 1.877, 2009: **Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia**, articles 2 and 3: “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949 (...) The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war.” (Tradução nossa).

¹⁰⁹ TPII, Prosecutor v *Tadić* (IT-94-1-AR72), Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appelas Chamber, 2 October 1995. para. 94.

¹¹⁰ *Ibid.*, paras. 128-136.

¹¹¹ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 291-2.

do princípio da legalidade, não adotando o princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta*.¹¹² Isso é particularmente verdade para a adoção de crimes de guerra em CANIs com base no direito costumeiro. Apesar de tais crimes já existirem no contexto de conflitos internacionais, o Tribunal se utilizou do direito costumeiro, uma fonte por vezes mais vaga e não escrita, para reconhecer tais crimes em conflitos não internacionais.

Nesse sentido, é importante apontar que a doutrina se divide quanto a crítica ao TPII. Por um lado, Schabas utiliza o artigo 15(2) do Pacto de Direitos Civis e Políticos¹¹³ para argumentar que, mesmo sendo constituído após os fatos, o TPII poderia julgar crimes que eram inquestionavelmente reconhecidos no direito internacional consuetudinário.¹¹⁴ Todavia, questiona-se justamente o caráter costumeiro dos crimes de guerra em CANIs na época em que o TPII foi estabelecido, já que foi esse o argumento utilizado para não incluir explicitamente tais crimes do estatuto do tribunal e nem o CICV reconhecia o caráter costumeiro dos mesmos.

Por outro lado, Sassòli e Laura Oslon argumentam especificamente sobre a decisão do caso *Tadić* que, mesmo que o Direito Internacional precise ser mudado e adaptado às necessidades sociais, os tribunais penais devem ter cautela em razão do princípio *nullum crimen sine lege*. Isso é verdade, especialmente no caso de aplicar leis ou teorias que não existiam na época dos fatos. Os autores expressam ter dúvidas se as soluções inovadoras aplicadas pela Câmara de Apelações do TPII são justas para com o acusado.¹¹⁵

3.3.2 Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Apenas um ano após o estabelecimento do TPII, em 1994, a comunidade internacional ficou chocada com o genocídio que começou a ocorrer na Ruanda. Todavia, o genocídio não deveria ser visto com surpresa, tendo em vista se tratar do resultado de anos de descaso da comunidade internacional com o país africano. As tensões entre as duas etnias do país, os Tutsis e Hutus, cresceram ao longo do século XXI, sendo que os Tutsis mesmo em menor número, conseguiram se tornar a classe social dominante. Após uma revolução, os Hutus radicais

¹¹² Gallant, K. **The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law** (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press. 2009. p. 307-8.

¹¹³ “Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.”

¹¹⁴ Schabas, William. **The UN international criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 61.

¹¹⁵ Sassòli, M., & Olson, L. **The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case**. International Review of the Red Cross, 82(839), 733-769, 2000, p. 768.

iniciaram em abril de 1994 um genocídio da minoria Tutsi e de Hutus moderados, resultando na morte de entre 500 mil e 1 milhão de vítimas.¹¹⁶

Diante de tal situação, o Conselho de Segurança da ONU criou, em 1994, o Tribunal Penal Internacional para a Acusação de Pessoas Responsáveis por Genocídio e outras Graves Violações do DIH Cometidas no Território de Ruanda. O TPIR foi criado aos moldes do TPII, por uma resolução do Conselho de Segurança da ONU (nº 955), tendo como base o capítulo VII da Carta da ONU. No entanto, uma diferença entre os Tribunais *Ad Hoc* foi a de que, ao contrário do TPII, que tinha uma jurisdição prospectiva para crimes cometidos a partir de 1991, o TPIR tinha jurisdição apenas para julgar crimes ocorridos no ano de 1994.¹¹⁷

Outra diferença muito importante entre os Tribunais *Ad Hoc* foi a de que o TPIR tinha previsto em seu estatuto a existência de crimes de guerra em conflitos não internacionais. O artigo 4 do estatuto do Tribunal previa jurisdição especificamente sobre violações graves do Artigo Comum 3º e do PA II.¹¹⁸ Tanto o fato de o conflito ser mais claramente um CANI na Ruanda, quanto a experiência com as teses defensivas de falta de jurisdição sobre crimes de guerra cometidos em conflitos não internacionais, podem ter influenciado o Conselho de Segurança da ONU a adotar essa inovação do TPIR.

Ao fim, os Tribunais *Ad Hoc* tiveram contribuições importantes para o desenvolvimento do Direito Penal Internacional e do DIH, especialmente quanto aos crimes de guerra. Inicialmente, o TPII defendeu a existência de crimes de guerra em CANIs utilizando o costume do DIH e, na sequência, o TPIR estipulou em seu próprio estatuto a existência de crimes de guerra em conflitos não internacionais. No entanto, os tribunais sofreram críticas, especialmente pelo próprio conceito de tribunal *ad hoc* violar o princípio da legalidade penal¹¹⁹ e pelo fato de que, sendo criados pelo Conselho de Segurança da ONU, a comunidade internacional não pôde participar de forma democrática na criação de seus estatutos.¹²⁰

¹¹⁶ Maogoto, Jackson. The Experience of the Ad Hoc Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda in Doria, J., Gasser, H., & Bassiouni, M. C. (Eds.). **The Legal Regime of the International Criminal Court**. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2009, p. 72.

¹¹⁷ Schabas, William. **The UN international criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 4.

¹¹⁸ ONU, Resolução 955, 1994: Statute of the International Tribunal for Rwanda. UN Doc. S/RES/955, Annex, article 4: “The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977. (...)”.

¹¹⁹ Ambos, Kai. **Treatise on International Criminal Law Volume I: Foundations and General Part**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 89.

¹²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A Importância do Tribunal Penal Internacional para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Revista Jurídica da UNIGRAN, Dourados/MS, v. 6, n. 11, p. 167 – 182,

3.4 Tribunal Penal Internacional

Ainda no ano de 1994, a Assembleia Geral da ONU estabeleceu a comissão preparatória para a Conferência de Roma. O comitê estava aberto a Estados-membros da ONU, mas o comparecimento foi, com mais de 100 delegações, muito maior do que o esperado. O crescente interesse pode ser explicado pelo fato de que o objetivo do comitê era completar a redação de um texto consolidado amplamente aceitável de uma convenção, levando em consideração os comentários enviados por Estados e organizações interestatais.¹²¹

Os encontros da comissão preparatória ocorreram entre 1996 e 1998, sendo que o tópico de crimes de guerra só foi definido nas últimas reuniões antes da Conferência de Roma. Em junho de 1998 finalmente ocorreu a conferência, sendo que, até seu final, não estava claro se o TPI seria estabelecido. Existia uma oposição de Estados influentes como os EUA e diversas questões políticas que foram levantadas. Finalmente, em 18 de julho de 1998, a conferência adotou o Estatuto de Roma por 120 votos a favor e 7 contrários. O estatuto entrou em vigor em 2002, ratificado por 121 Estados,¹²² sendo que hoje esse número é de 123 Estados.¹²³

A partir da Conferência de Roma, foi estabelecido o Tribunal Penal Internacional. Com sede em Haia, o TPI é uma corte de justiça internacional, independente, permanente e complementar à jurisdição dos Estados-partes, cuja competência consiste em investigar, processar e julgar os crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão. A criação do TPI representou um grande avanço do Direito Internacional Criminal, especialmente no sentido de mitigar muitos dos problemas que os Tribunais *Ad hoc* tinham, como o respeito ao princípio da legalidade e à soberania dos Estados.

Como uma corte permanente, o TPI tem competência para julgar os crimes previstos no Estatuto de Roma apenas a partir do momento de sua entrada em vigor em cada Estado-parte. Ademais, o Tribunal só possui jurisdição para investigar e processar crimes que ocorreram no território de Estados-partes ou cujo suspeito seja nacional desses Estados.¹²⁴ A exceção para

jan./jul. 2004, p. 171-2. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/a_pdf/mazzuoli_importancia_tpi.pdf Acesso em: 22 set. 2022.

¹²¹ Ambos, Kai. **Treatise on International Criminal Law Volume I: Foundations and General Part**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 23.

¹²² *Ibid.*, p. 24-5.

¹²³ TPI, disponível em <https://asp.icc-cpi.int/states-parties> Acesso em 20 set. 2022.

¹²⁴ Estatuto de Roma, artigos 11: “O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto.” e 12: “1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º. 2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados

essa regra ocorre na hipótese de um Estado aceitar a jurisdição do TPI de forma *ad hoc*, ou por uma ordem do Conselho de Segurança agindo com base no capítulo VII da Carta da ONU.¹²⁵ Nessa última hipótese, o TPI poderá investigar e julgar crimes mesmo que tenham ocorrido no território ou tenham sido cometidos por um nacional de um Estado não signatário do Estatuto de Roma. Ainda, a jurisdição do Tribunal poderá ser exercida em caso de denúncia de um Estado-parte, conforme o artigo 14 do estatuto, ou por iniciativa do promotor, segundo o artigo 15.¹²⁶

Outra característica importante do TPI é o princípio da complementaridade. Ao contrário dos Tribunais *Ad hoc*, que tinham a primazia da jurisdição sobre os sistemas domésticos,¹²⁷ um caso não será admissível perante o TPI se ele for objeto de inquérito ou de procedimento criminal em um Estado que tenha jurisdição, ou se o caso tiver sido objeto de um inquérito e o Estado decidiu não dar prosseguimento. A exceção para tal regra ocorre caso o país onde ocorreu o crime não esteja disposto, ou esteja verdadeiramente impossibilitado de investigar e processar o delito. Segundo o artigo 17 (2) do estatuto, a falta de disposição do Estado está ligada a situações de atraso, falta de imparcialidade e procedimentos utilizados para proteger o suspeito da responsabilidade criminal. Por outro lado, o artigo 17 (3) aponta que a impossibilidade do Estado ocorre quando há um colapso substancial ou indisponibilidade de seu sistema judicial.¹²⁸

forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º: a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave; b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime. (...)”.

¹²⁵ Estatuto de Roma, artigos 11(2): “Se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração nos termos do parágrafo 3º do artigo 12.” e 13 (b): “O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se: (...) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes (...)”.

¹²⁶ Estatuto de Roma, artigos 14: “Qualquer Estado Parte poderá denunciar ao Procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes da competência do Tribunal e solicitar ao Procurador que a investigue, com vista a determinar se uma ou mais pessoas identificadas deverão ser acusadas da prática desses crimes (...)” e 15: “O Procurador poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal (...)”.

¹²⁷ Schabas, William. **An Introduction to the International Criminal Court**. 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 191.

¹²⁸ Estatuto de Roma, artigo 17: “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 (...)”.

Para garantir o respeito a complementaridade, o TPI também estabeleceu em seu Estatuto o princípio *ne bis in idem*.¹²⁹ Como o princípio da jurisdição universal dispõe que, a princípio, crimes internacionais podem ser julgados por qualquer país,¹³⁰ e o TPI tem como princípio a complementaridade, o Tribunal não pode julgar um indivíduo que já tenha sido absolvido ou condenado pelo mesmo crime em alguma jurisdição doméstica. A exceção para tal regra está disposta no artigo 20 (3), que considera inválidos, para os fins de observância do *ne bis in idem*, procedimentos conduzidos sem imparcialidade ou para o fim de proteger o acusado de responsabilidade criminal.

Por fim, é importante mencionar o princípio da gravidade. Conforme o artigo 1º do Estatuto de Roma, o Tribunal tem jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade.¹³¹ O princípio tem tanta importância que a falta de gravidade é inclusive um critério para determinar a (in)admissibilidade de um caso.¹³² Segundo a jurisprudência do TPI, a gravidade pode ser acessada por critérios quantitativos e qualitativos, dentre eles a escala em que os crimes foram cometidos, a natureza dos crimes, os meios de execução e o impacto dos crimes nas vítimas.¹³³ Ademais, o princípio da gravidade direciona o TPI para processar os maiores perpetradores, tendo em vista que estes são os que podem prevenir ou parar de forma mais eficaz a comissão de crimes e que somente concentrando-se nesse tipo de indivíduo pode-se maximizar os efeitos dissuasivos do Tribunal.¹³⁴

¹²⁹ Estatuto de Roma, artigo 20: “Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.”

¹³⁰ Cassese, Antonio. **International Criminal Law**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 20.

¹³¹ Estatuto de Roma, artigo 1º: “(...) O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais (...)”

¹³² Estatuto de Roma, artigo 17: “Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se: (...) d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.”

¹³³ TPI, Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (ICC-01/09-19), Pre-Trial Chamber, (31 March 2010). para. 62.

¹³⁴ TPI, Prosecutor v. Lubanga (ICC-01/04-01/06-8), Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest, Pre-Trial Chamber, 10 February 2006, paras. 54-5.

3.4.1 Elaboração do Estatuto de Roma

Conforme referido no subcapítulo anterior, os trabalhos preparatórios para o Estatuto de Roma envolveram intensos debates, especialmente na tipificação de crimes de guerra. Apesar de as delegações dos Estados estarem relutantes em aceitar a inclusão de crimes de guerra em CANIs, a crescente importância desse tipo de conflito influenciou com que tal proposta fosse aceita. Todavia, as duas principais propostas apresentadas ao Comitê Preparatório demonstraram uma divergência significativa. Por um lado, a proposta elaborada pelo CICV e apresentada pela Nova Zelândia e Suíça,¹³⁵ continha uma lista elaborada de crimes de guerra em CANIs, por outro, a proposta apresentada pelos EUA¹³⁶ limitou a lista de crimes de guerra a graves violações do Artigo Comum 3º.¹³⁷

Com o tempo, a posição dos EUA mudou na medida em que eles se tornaram um dos proponentes da inclusão no Estatuto de crimes de guerra cometidos em conflitos armados não internacionais. Por outro lado, vários países, incluindo Índia, Paquistão, China e Turquia, foram bastante relutantes em aceitar qualquer disposição que tratasse de CANIs, concordando, no máximo, em incluir a referência ao Artigo Comum 3º.¹³⁸

Nesse sentido, é interessante notar que, com exceção da China, dos países citados, Índia, Paquistão, Turquia e os EUA não fazem parte do PA II, que regula conflitos não internacionais (conforme mencionado no subcapítulo 2.1). Outrossim, nenhum destes países faz parte do Estatuto de Roma. Tal fato pode mostrar uma correlação entre os países que não querem reconhecer regras do DIH mais protetivas em CANIs, nem crimes de guerra cometidos nesse tipo de conflito. Sassòli explica a posição desses Estados, por temerem ter sua soberania ameaçada por conferir mais direitos para grupos armados.¹³⁹

Ao final das negociações da Conferência de Roma, uma posição intermediária foi adotada. O Estatuto do TPI contém tanto violações do Artigo Comum 3º, quanto do PA II. No entanto, o Estatuto de Roma não foi tão longe ao ponto de seguir o entendimento do TPII de

¹³⁵ ONU, Doc. A/AC.249/1997/WG.1/DP.2. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/7ba0b8/>> Acesso em 27 set. 2022.

¹³⁶ ONU, Doc. A/AC.249/1997/WG.1/DP.1. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/c5359c/>> Acesso em: 27 set. 2022.

¹³⁷ Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. 3ª ed. C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 529.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. 209/210.

que o que é desumano, e conseqüentemente proibido, em conflitos internacionais, não pode deixar de ser desumano e inadmissível em conflitos não internacionais.¹⁴⁰

3.4.2 Crimes de guerra no TPI

Seguindo o exemplo do TPIR, o TPI estipulou expressamente em seu estatuto, crimes de guerra em conflitos armados não internacionais. Nesse sentido, o Estatuto de Roma foi além e tipificou de forma detalhada os crimes cometidos em CANIs. O artigo 8 do Estatuto separa os crimes de guerra em 4 categorias, sendo duas delas em conflitos internacionais (artigo 8(2) (a) e (b)) e duas delas em conflitos não internacionais (artigo 8(2) (c) e (e)). As alíneas “a” e “c” do artigo descrevem proibições mais genéricas, enquanto as alíneas “b” e “e” descrevem uma detalhada lista de crimes de guerra.

Schabas aponta que o excessivo detalhamento nos crimes de guerra do Estatuto de Roma pode, de certa forma, dificultar o trabalho do promotor e limitar a definição de cada crime.¹⁴¹ Por outro lado, Paola Gaeta argumenta que o detalhamento de crimes de guerra no TPI faz com que o promotor não precise demonstrar que uma certa conduta é criminalizada pelo direito costumeiro, já que está criminalizada expressamente no estatuto do tribunal.¹⁴² Nesse sentido, pode-se argumentar que uma “lista fechada” de crimes de guerra está mais de acordo com o princípio da legalidade, ao contrário do uso do direito costumeiro para estabelecer tais crimes.

Pela leitura do artigo 8(1) do Estatuto de Roma, pode-se inferir que existe a necessidade de que o crime de guerra tenha sido cometido como parte de um “plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala”.¹⁴³ O TPI interpretou que o termo “em particular” deixa claro que a existência de um plano, política ou prática em larga escala não é um pré-requisito para que a Corte exerça jurisdição sobre crimes de guerra, mas apenas uma orientação prática.¹⁴⁴ Todavia, a Promotoria do TPI usou o limiar de gravidade do artigo 8(1) para justificar

¹⁴⁰ Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. 3ª ed. C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016. p 529-30.

¹⁴¹ Schabas, William. **An Introduction to the International Criminal Court**. 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 125.

¹⁴² Gaeta, Paola. **Serious violations of the law on the conduct of hostilities: A neglected class of war crimes?**, in Pocar, Fausto; Pedrazzi, Marco; Frulli, Micaela (eds), *War Crimes and the Conduct of Hostilities*. Edward Elgar Publishing. 2013, p. 30.

¹⁴³ “O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.”

¹⁴⁴ TPI, Prosecutor v. Bemba (ICC-01/05-01/08), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, 15 June 2009, para. 211.

que não haveria base legal para proceder com investigações no Iraque em 2006, em um caso que contava com menos de 20 vítimas.¹⁴⁵ Schabas critica o artigo 8(1), argumentando que ele tem sido usado de forma oportunista e não como uma norma legal significativa.¹⁴⁶

Um requisito importante para a configuração de um crime de guerra (em ambos os tipos de conflito) no TPI, é que a conduta precisa ocorrer “no contexto” e estar “associada a um conflito armado”.¹⁴⁷ Tal requisito tem algumas implicações práticas. Primeiro, é necessário que objetivamente exista um nexo entre o crime e o conflito armado, estando excluído da definição de crime de guerra um crime que ocorra em um conflito armado, mas por motivos pessoais, por exemplo.¹⁴⁸ Em segundo lugar, é preciso que exista algum tipo de conhecimento por parte do agente, da existência do conflito armado. Nesse sentido, o TPI exige apenas o “conhecimento das circunstâncias de fato que estabeleceram a existência de um conflito armado”.¹⁴⁹

Analisando a jurisprudência do TPI, foi assentado que para o estabelecimento do nexo, a conduta precisa ser intimamente relacionada com as hostilidades, mas não é necessário que o conflito armado seja a única razão para o cometimento do crime e que ele tenha sido cometido no meio da batalha.¹⁵⁰ Dessa forma, é importante ter em mente que, ao contrário do cenário de conflitos internacionais em que as relações hierárquicas são claras e é mais fácil identificar onde o conflito acontece, o nexo entre a conduta e o conflito tende a ser mais difícil de se determinar em CANIs.¹⁵¹

Sobre o requisito do conhecimento do conflito armado por parte do agente, é considerado que, como muitas vezes a existência do conflito armado é óbvia, não seria

¹⁴⁵ TPI, Office of the Prosecutor, Letter concerning communication on the situation in Iraq, The Hague, 9 February 2006, p. 8. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf. Acessado em 18 de setembro de 2022.

¹⁴⁶ Schabas, William. **The International Criminal Court (2nd Edition): A Commentary on the Rome Statute:** Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2016, p. 15-6.

¹⁴⁷ O requisito é repetido para todos os crimes de guerra, seja em conflitos internacionais ou não internacionais: “The conduct took place in the context of and was associated with an international armed conflict [armed conflict not of an international character]” TPI, Elements of Crimes, article 8. (Tradução nossa).

¹⁴⁸ Dörmann, Knut. **War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes**, in A. von Bogdandy, Rudiger Wolfrum (eds.). Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 7, 2003, p. 359. Disponível em: https://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_doermann_7.pdf Acesso em: 21 set. 2022.

¹⁴⁹ ““There is only a requirement for the awareness of the factual circumstances that established the existence of an armed conflict that is implicit in the terms “took place in the context of and was associated with””. TPI, Elements of Crimes, article 8 (c). (Tradução nossa).

¹⁵⁰ TPI, Prosecutor v. Lubanga (ICC-01/04-01/06), Decision on the Confirmation of the Charges, 29 January 2007. para. 287.

¹⁵¹ Schabas, William. **The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute.** 2ª ed. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2016, p. 21.

necessária nenhuma prova adicional.¹⁵² Ademais, o artigo 8(b) dos Elementos dos crimes deixa claro que não há exigência de conhecimento por parte do autor dos fatos que estabeleceram o caráter do conflito como internacional ou não internacional.¹⁵³

Contudo, esse *standard* probatório reduzido para o conhecimento da existência de um conflito pode ser problemático se considerarmos a assimetria dos crimes de guerra entre conflitos internacionais e não internacionais e a facilidade com que um conflito pode se internacionalizar (conforme explicado no subcapítulo 2.3.3). Por exemplo, se um agente sabe que uma conduta não criminalizada está ocorrendo em um CANI, mas esse conflito passa a ser internacional, onde essa mesma conduta é criminalizada, o critério geral de conhecimento das circunstâncias de fato que estabeleceram a existência do conflito, pode não ser suficiente para que o agente de fato saiba que essa conduta se tornou um crime de guerra.

Outra característica dos crimes de guerra em CANIs no TPI é que a maioria deles são referentes às regras de condução das hostilidades, em oposição às regras sobre pessoas protegidas (diferenciação explicada no subcapítulo 2.1). Tal característica é importante, pois historicamente, as regras do DIH sobre a condução das hostilidades foram a base para apenas algumas acusações de crimes de guerra. Essa escassez de acusações pode se dever ao fato de que para definir se houve uma violação do DIH durante a condução das hostilidades, muitas vezes é preciso verificar se a ação foi desproporcional em relação à necessidade militar, uma avaliação difícil de ser feita e provada.¹⁵⁴

Ademais, um ponto importante de ser destacado é o de que a diferença no limiar de violência e organização para caracterizar um CANI segundo o Artigo Comum 3º e o PA II (conforme caracterizado no subcapítulo 2.3.2) não existe segundo o TPI.¹⁵⁵ O Estatuto de Roma não indica essa diferença no artigo 8(2) (c) e (e). Ademais, no caso *Lubanga*, essa ideia foi reforçada utilizando a definição de conflito não internacional do caso *Tadić*; conflito armado

¹⁵² Dörmann, Knut. **War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes**, in A. von Bogdandy, Rudiger Wolfrum (eds.). Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 7, 2003, p. 362. Disponível em: <https://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_doermann_7.pdf> Acesso em: 21 set. 2022.

¹⁵³ “In that context there is no requirement for awareness by the perpetrator of the facts that established the character of the conflict as international or non-international”. TPI, Elements of Crimes, article 8(b). (Tradução nossa).

¹⁵⁴ Gaeta, Paola. **Serious violations of the law on the conduct of hostilities: A neglected class of war crimes?**, in Pocar, Fausto; Pedrazzi, Marco; Frulli, Micaela (eds), War Crimes and the Conduct of Hostilities. Edward Elgar Publishing, 2013, p. 20 e 29.

¹⁵⁵ Schabas, William. **An Introduction to the International Criminal Court**. 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 143.

prolongado entre autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre tais grupos dentro de um Estado.¹⁵⁶

Por fim, apesar do grande detalhamento dos crimes de guerra no Estatuto de Roma, podemos perceber que existem muito mais crimes tipificados para conflitos internacionais, do que para conflitos não internacionais. Esta assimetria será explorada no capítulo seguinte. Dessa forma, a assimetria dos crimes de guerra no Estatuto de Roma deve ser compreendida em conjunto com a história do Direito Internacional Criminal. Neste capítulo foi descrito o desenvolvimento dos crimes de guerra desde o Tribunal de Nuremberg que iniciou a persecução penal de tais crimes com a responsabilidade criminal individual, passando pelos Tribunais *Ad hoc*, com o TPII tendo utilizado o direito costumeiro para afirmar a existência de crimes de guerra em CANIs, e o TPIR incluindo esse tipo de crime em seu Estatuto, até a criação do Tribunal Penal Internacional.

¹⁵⁶ TPI, Prosecutor v. Lubanga (ICC-01/04-01/06), Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber, 29 January 2007. para. 233.

4 A ASSIMETRIA ENTRE CRIMES DE GUERRA EM CONFLITOS INTERNACIONAIS E NÃO INTERNACIONAIS

4.1 Apresentando a assimetria

Os artigos 8(2)(b) (i), (iii), (ix), (x), (xi), (xii), (xiii), (xvi), (xvii), (xviii), (xix), (xxi), (xxii), (xxiv), e (xxvi) do Estatuto de Roma, destinados aos conflitos armados internacionais, encontram disposições idênticas para os conflitos armados não internacionais nos artigos 8(2)(c) e (e). Todavia, os artigos 8(2)(b) (ii), (iv), (v), (vi), (vii), (viii), (xiv), (xv), (xx), (xxiii) e (xxv) tipificam crimes de guerra previstos apenas em conflitos internacionais. Naturalmente, alguns destes artigos estão destinados apenas aos CAIs devido a uma impossibilidade conceitual.¹⁵⁷

4.2 Assimetria por impossibilidade conceitual

Conforme abordado no subcapítulo 2.3.2, existem conceitos criados para conflitos armados internacionais que são logicamente incompatíveis com conflitos não internacionais. Em CANIs, os membros de grupos armados não recebem o privilégio de combatente, nem o *status* de prisioneiro de guerra quando capturados. Ademais, qualquer conceito ligado com a situação de ocupação também não teria uma aplicação lógica em conflitos não internacionais, por depender da existência de, no mínimo, dois Estados. Dessa forma, crimes de guerra que envolvam esses conceitos exclusivos de conflitos internacionais, naturalmente não podem ser aplicados em CANIs, justificando parte da assimetria apresentada.

4.2.1 Artigo 8(2)(b) (vi) ataques contra combatentes rendidos

O artigo 8(2)(b) (vi) proíbe que um combatente rendido seja ferido ou morto. No entanto, o conceito de combatente não existe em conflitos não internacionais.¹⁵⁸ Este crime foi elaborado principalmente com base no artigo 41 do PA I, que preceitua que uma pessoa que seja reconhecida ou que, nas circunstâncias, deva ser reconhecida *hors de combat*, não deve ser

¹⁵⁷ Dörmann, Knut. **War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes**, in A. von Bogdandy, Rudiger Wolfrum (eds.). Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 7, 2003, p. 347. Disponível em: <https://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_doermann_7.pdf> Acesso em: 21 set. 2022.

¹⁵⁸ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 20.

objeto de um ataque. O mesmo artigo define *hors de combat* como (a) quem está sob o poder da parte adversária, (b) quem expressa claramente intenção de se render e (c) quem ficou inconsciente ou de outra forma incapacitado por ferimentos, ou doenças e, portanto, é incapaz de se defender.¹⁵⁹ Ademais, o artigo 85(3) (e) do PA I¹⁶⁰ estipula que é uma *grave breach* causar a morte ou lesão grave por intencionalmente tornar uma pessoa objeto de ataque, sabendo que ela é *hors de combat*.¹⁶¹

É interessante notar, entretanto, que nos Elementos dos crimes é usada a palavra “pessoas” ao invés de “combatentes”,¹⁶² indicando que a proibição pode se estender para civis que participam de hostilidades e se tornam *hors de combat*. Ademais, o artigo 41 do PA I também usa o termo “pessoa” ao invés de combatente.¹⁶³ Considerando que o conceito de *hors de combat* também é aplicável em conflitos não internacionais,¹⁶⁴ poderia se argumentar que, apesar da expressão “combatente”, o artigo 8(2)(b) (vi) poderia se aplicar em CANIs, em uma interpretação extensiva.

Por outro lado, também pode-se argumentar que o Artigo 3º Comum às Convenções de Genebra garante um tratamento humano para quem não participa mais ativamente das hostilidades. Nesse sentido, uma disposição semelhante à do artigo 8(2)(b) (vi) pode ser encontrada para conflitos armados não internacionais no artigo 8(2)(c) (i). De maneira mais genérica, este artigo proíbe a violência contra pessoas que não participem ativamente das hostilidades, incluindo membros das forças armadas que depuseram suas armas.

¹⁵⁹ Protocolo Adicional I, artigo 41: “Nenhuma pessoa poderá ser objeto de ataque quando se reconheça ou, atendidas as circunstâncias, se deva reconhecer que está fora de combate. 2. Uma pessoa está fora de combate: a) quando está em poder de uma Parte adversa; b) quando expressa claramente sua intenção de render-se; ou c) quando está inconsciente ou de qualquer outra forma incapacitada em virtude de ferimentos ou doença e é, por conseguinte, incapaz de defender-se; e sempre que, em qualquer desses casos, abstém-se de todo ato hostil e não tenta evadir-se.”

¹⁶⁰ “Além das infrações graves definidas no Artigo 11, constituem infrações graves ao presente Protocolo os atos que se seguem, quando cometidos intencionalmente, em violação às disposições pertinentes do presente Protocolo, e causem a morte ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde: e) fazer objeto de ataque uma pessoa com o conhecimento de que está fora de combate.”

¹⁶¹ Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. 3ª ed. C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016. p 383-4.

¹⁶² “The perpetrator killed or injured one or more persons. 2. Such person or persons were *hors de combat*.”. TPI, Elements of Crimes, article 8(2)(b) (vi) (1) and (2). (Tradução nossa).

¹⁶³ “Nenhuma pessoa poderá ser objeto de ataque quando se reconheça ou, atendidas as circunstâncias, se deva reconhecer que está fora de combate.”.

¹⁶⁴ CICV, CIHL Database, Rule 47. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule47> Acesso em: 23 set. 2022.

4.2.2 Artigo 8(2)(b) (viii) transferência forçada de civis em território ocupado

No contexto da ocupação, o artigo 8(2)(b) (viii) do Estatuto de Roma proíbe uma potência ocupante de transferir seus próprios civis para o território ocupado, ou a deportação, ou transferência de toda ou de parte da população de um território ocupado dentro ou fora do território. O artigo 8(2)(a) (vii) proíbe de forma mais genérica deportações ou transferências ilegais apenas em CAIs. O crime tem como base os artigos 49 da IV CG¹⁶⁵ e 85(4) (a) do PA II, que considera a conduta uma *grave breach*.¹⁶⁶

Essa proibição foi pensada para evitar as deportações em massa que ocorreram durante a II Guerra Mundial, no entanto, tal fato ainda pode ser observado hoje em dia na situação de Israel e Palestina.¹⁶⁷ Segundo a promotoria do TPI em uma análise preliminar, os governos israelenses supostamente lideraram e participaram diretamente do desenvolvimento de assentamentos no território palestino ocupado, além de existirem alegações relativas a maus-tratos de palestinos presos, detidos e processados no sistema judicial militar israelense.¹⁶⁸

Claramente, esta disposição só se aplicaria a conflitos armados internacionais, uma vez que o conceito de ocupação só existe neles.¹⁶⁹ Por outro lado, em conflitos não internacionais, o artigo 8(2)(e) (viii) proíbe ordenar o deslocamento da população civil por motivos relacionados ao conflito, a menos que a segurança dos civis envolvidos ou razões militares imperiosas assim o exijam. Tal disposição espelha o artigo 17 do PA II.¹⁷⁰ Com relação a esse

¹⁶⁵ IV Convenção de Genebra, artigo 49(6): “A Potência ocupante não poderá proceder à deportação ou à transferência de uma parte da sua própria população civil para o território por ela ocupado.”

¹⁶⁶ Protocolo Adicional I, artigo 85(4) (a): “Além das infrações graves definidas nos parágrafos precedentes e nas Convenções, constituirão infrações graves ao presente Protocolo os atos que se seguem, quando cometidos intencionalmente e em violação as Convenções e ao Protocolo: a) a transferência pela Potência ocupante de parte de sua própria população civil ao território que ocupa, ou a deportação ou transferência, no interior ou fora do território ocupado, da totalidade ou parte da população desse território, em violação ao Artigo 49 da Quarta Convenção”.

¹⁶⁷ Schabas, William. **The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute**. 2ª ed. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2016. p 47-8.

¹⁶⁸ TPI, Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities, 12 November 2015, paras. 68-71. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Eng.pdf>> Acesso em: 08 set. 2022.

¹⁶⁹ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 303.

¹⁷⁰ Protocolo Adicional II, artigo 17: “1 - A deslocação da população civil não poderá ser ordenada por razões relacionadas com o conflito, salvo nos casos em que a segurança das pessoas civis ou razões militares imperativas o exigem. Se tal deslocação tiver de ser efetuada, serão tomadas todas as medidas possíveis para que a população civil seja acolhida em condições satisfatórias de alojamento, salubridade, higiene, segurança e alimentação. 2 - As pessoas civis não poderão ser forçadas a deixar o seu próprio território por razões que se relacionem com o conflito.”

crime, a classificação diferenciada parece ter ocorrido apenas por diferenças práticas entre conflitos internacionais e não internacionais.

4.2.3 Artigo 8(2)(b) (xiv) suspensão de direitos de nacionais da parte hostil

Outro crime abrangido apenas em conflitos internacionais é do artigo 8(2)(b) (xiv) do Estatuto de Roma. Declarar abolidos, suspensos ou inadmissíveis em um tribunal de justiça os direitos e ações dos nacionais da parte hostil é uma violação grave do DIH punível em conflitos armados internacionais. Ademais, o artigo 8(2)(a) (vi) proíbe apenas em CAIs a “privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial”. Essa proibição foi originada do artigo 23(h) da Convenção de Haia de 1907¹⁷¹. Já houve condenações por este crime no Tribunal de Nuremberg, por conta dos atos praticados contra judeus poloneses.¹⁷²

Não há disposição correspondente no Estatuto de Roma aplicável a conflitos armados não internacionais. De fato, devido à exigência de que as vítimas sejam “nacionais da parte hostil”, a aplicação do crime em um conflito não internacional é ilógica. Outrossim, as expressões “prisioneiro de guerra” e “pessoa protegida” expressas no artigo 8(2)(a) (vi) também indicam que a proibição só poderia ser aplicada em CAIs.

Ademais, o artigo 8(2)(c) (iv) fornece uma proteção similar em CANIs proibindo “condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis.”. Ainda, a privação de direitos e ações dos nacionais de um Estado pode ser devidamente processada como crime contra a humanidade de perseguição,¹⁷³ previsto no artigo 7(1)(h) do Estatuto de Roma.¹⁷⁴

¹⁷¹ CICV, Hague Convention IV, 1907, article 23: “In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden (...) (h) To declare abolished, suspended, or inadmissible in a court of law the rights and actions of the nationals of the hostile party. A belligerent is likewise forbidden to compel the nationals of the hostile party to take part in the operations of war directed against their own country, even if they were in the belligerent's service before the commencement of the war”.

¹⁷² Schabas, William. **The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute**. 2ª ed. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2016, p. 46.

¹⁷³ *Ibid*, p. 45.

¹⁷⁴ “Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: (...) h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal”.

4.2.4 Artigo 8(2)(b) (xv) obrigar os nacionais da parte hostil a participar de operações de guerra contra seu próprio país

Obrigar os nacionais da parte hostil a participar de operações de guerra dirigidas contra seu próprio país é proibido apenas em conflitos internacionais, conforme previsto no artigo 8(2)(b) (xv) do Estatuto de Roma. O artigo 8(2)(a) (v) do estatuto também proíbe apenas em CAIs obrigar um prisioneiro de guerra ou outra pessoa protegida a servir nas forças de uma parte hostil. Ambas as disposições são oriundas do artigo 23(h) da Convenção de Haia de 1907 e consideradas *grave breaches* pelo artigo 130 da III CG.¹⁷⁵

Novamente, tal assimetria pode ser explicada pelo fato de que os conceitos de prisioneiro de guerra e pessoa protegida não existem em CANIs. A doutrina também explica essa assimetria pelo fato de os Estados não desejarem que essa proibição se aplique em conflitos armados não internacionais em que todas as pessoas provavelmente sejam nacionais do mesmo Estado.¹⁷⁶

4.3 Assimetria de crimes compatíveis em CANIs

Diferente dos crimes analisados no subcapítulo anterior, há uma série de crimes de guerra definidos apenas em conflitos armados internacionais, mas que poderiam ser aplicados aos conflitos não internacionais. Essa assimetria é muito mais criticável, considerando que nesses crimes não há uma impossibilidade lógica de aplicação nos CANIs, como visto nos delitos anteriores.

Por um lado, existem trabalhos que defendem que o Estatuto de Roma não diferencie CAIs e CANIs nos crimes de guerra, utilizando os Elementos dos Crimes para diferenciar eventuais delitos que só possam ser cometidos em conflitos internacionais.¹⁷⁷ Por outro lado,

¹⁷⁵ III Convenção de Genebra, artigo 130: “Os delitos graves referidos no artigo precedente são aqueles que abrangem qualquer dos atos seguintes, se forem cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela presente Convenção: (...) brigar um prisioneiro de guerra a servir nas forças armadas da Potência inimiga”.

¹⁷⁶ Willmott, Deidre. **Removing the Distinction Between International and non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court**. Melbourne Journal of International Law, Vol. 5, 2004, p. 18. Disponível em: <https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0003/1680429/Willmott.pdf> Acesso em: 23 set. 2022.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 3.

existem autores que argumentam que o Estatuto de Roma deve ser emendado em artigos específicos para prever certos crimes de guerra também em conflitos não internacionais.¹⁷⁸

4.3.1 Artigo 8(2)(b) (ii) dirigir ataques contra bens civis

Dirigir intencionalmente ataques contra bens civis é considerado um crime de guerra apenas em conflitos armados internacionais, pelo artigo 8(2)(b) (ii) do Estatuto de Roma. O artigo 8(2)(a) (iv) também proíbe apenas em CAIs a “destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares”. Essas disposições foram elaboradas com base no artigo 52 do PA I.¹⁷⁹ É interessante notar que o artigo dá uma definição negativa de bens civis. Ou seja, um bem civil é todo aquele que não seja considerado um bem militar. Bens militares, por sua vez, são todos aqueles que conferem uma vantagem militar, sendo que em caso de dúvida, um bem deve ser tratado como civil.

No entanto, o artigo 8(2)(e) (xii) proíbe em CANIs a destruição ou apreensão de propriedade de um adversário, a menos que tal destruição ou apreensão seja imperativamente exigida pelas necessidades do conflito. Esta disposição semelhante torna um ataque a um objeto civil um crime de guerra nos termos do Estatuto, na medida em que tal ataque não seja imperativamente exigido pelas necessidades do conflito.¹⁸⁰

Não existe uma incompatibilidade conceitual do crime descrito no artigo 8(2)(b) (ii) com conflitos não internacionais. Apesar de o artigo 8(2)(e) (xii) fornecer uma proteção similar, ele ainda permite que bens civis sejam atacados por necessidade militar. Dessa forma, argumenta-se que a proibição geral de ataque contra bens civis do artigo 8(2)(b) (ii) seja também aplicada aos CANIs.

¹⁷⁸ F. D’Alessandra, M. Gillettii. **The War Crime of Starvation in Non-International Armed Conflict.** *Journal of International Criminal Justice*, Volume 17, Issue 4, September 2019, Pages 815–847.

¹⁷⁹ “1. Os bens de caráter civil não serão objeto de ataques nem de represália. São bens de caráter civil todos os bens que não são objetivos militares como definido no parágrafo 2. 2. Os ataques limitar-se-ão estritamente aos objetivos militares. No que concerne aos bens, os objetivos militares se limitam aqueles objetos que por sua natureza, localização, finalidade ou utilização contribuam eficazmente para a ação militar ou cuja destruição total ou parcial, captura ou neutralização, ofereça nas circunstâncias do caso presente uma vantagem militar definida. 3. Em caso de dúvida a respeito de um bem que normalmente se presta a fins civis, tal como um lugar de culto, uma casa ou outra moradia, ou uma escola, estar sendo utilizado para contribuir eficazmente para a ação militar, será presumido que não está sendo utilizado com tal propósito.”

¹⁸⁰ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck. **Customary International Law, Vol. I: Rules.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 27. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

4.3.2 Artigo 8(2)(b) (iv) ataques desproporcionais

O artigo 8(2)(b) (iv) proíbe apenas em conflitos internacionais a prática de ataques que causem morte accidental, ferimentos a civis, danos a bens civis ou danos generalizados, de longo prazo e graves ao meio ambiente. A disposição é baseada nos artigos 51 e 55 do PA I.¹⁸¹ O artigo está relacionado com o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, deve ser determinado se o dano ou ferimento civil previsto foi “claramente excessivo” em relação à vantagem militar prevista. A expressão “vantagem militar geral concreta e direta” refere-se a uma vantagem previsível pelo perpetrador antes do ataque.¹⁸²

É importante mencionar que, mesmo que o artigo admita a possibilidade de lesão incidental ou dano colateral de forma lícita, isso não justifica de qualquer forma a violação da lei aplicável em conflitos armados.¹⁸³ Ademais, segundo o procurador do TPI, o Estatuto de Roma adota um padrão mais elevado que outros tribunais, como o TPII, restringindo a proibição criminal apenas aos casos que são claramente excessivos.¹⁸⁴

Com relação à ausência deste crime em conflitos não internacionais, o CICV já afirmou que tanto a proibição de ataques indiscriminados, quanto a vedação de danos generalizados de longo prazo e graves ao meio ambiente têm caráter costumeiro em CANIs.¹⁸⁵ Ademais, é interessante notar que uma disposição semelhante aplicável em CANIs foi proposta durante os

¹⁸¹ Protocolo Adicional I: Artigo 51: “1. A população civil e as pessoas civis gozarão de proteção geral contra os perigos provindos de operações militares. Para tornar efetiva esta proteção, além das outras normas aplicáveis de Direito internacional, observar-se-ão em todas as circunstâncias as normas seguintes. 2. Não serão objeto de ataque a população civil como tal e nem as pessoas civis. São proibidos os atos ou ameaças de violência cuja finalidade principal seja aterrorizar a população civil. 3. As pessoas civis gozarão da proteção outorgada por esta Seção, exceto se participam diretamente das hostilidades e enquanto dure tal participação. 4. São proibidos os ataques indiscriminados. (...) Artigo 55: 1. Na realização da guerra se cuidará da proteção do meio ambiente natural contra danos extensos, de longa duração e graves. Essa proteção inclui a proibição de empregar métodos ou meios de combate que tenham sido concebidos para causar, ou dos quais se pode prever que causem tais danos ao meio ambiente natural, comprometendo assim a saúde ou a sobrevivência da população. 2. São proibidos os ataques ao meio ambiente natural como represália.”

¹⁸² ““The expression “concrete and direct overall military advantage” refers to a military advantage that is foreseeable by the perpetrator at the relevant time (...)””. TPI, Elements of Crimes, note 36. (Tradução nossa).

¹⁸³ Schabas, William. **The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute**. 2ª ed. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2016, p. 41.

¹⁸⁴ TPI, Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia, 6 November 2014, para. 103. Disponível em: <[https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Eng.pdf)> Acesso em: 11 set. 2022.

¹⁸⁵ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck. **Customary International Law, Vol. I: Rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 46 e 143. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

trabalhos preparatórios do Estatuto de Roma, mas foi descartada em textos posteriores.^{186 187} Diante do trabalho do CICV e do fato que durante na própria elaboração do estatuto do TPI as delegações consideraram a inclusão do referido delito na seção para conflitos não internacionais, não haveria óbice para que o artigo 8(2)(b) (iv) seja aplicado também em CANIs.

4.3.3 Artigo 8(2)(b) (v) dirigir ataques contra objetos não militares indefesos

Outra disposição destinada apenas aos conflitos armados internacionais é o artigo 8(2)(b) (v), que proíbe atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilas, casas ou edifícios indefesos e que não sejam objetivos militares. Este crime foi baseado nos artigos 25 da Convenção de Haia de 1907¹⁸⁸ e 59 do PA I.¹⁸⁹

Nesse sentido, uma localidade indefesa é qualquer lugar habitado próximo ou em uma zona onde as forças armadas estão em contato e que está aberta à ocupação pelo adversário, preenchendo as seguintes condições: (a) todos os combatentes, bem como equipamentos militares móveis devem ter sido evacuados; (b) nenhum uso hostil pode ser feito de instalações ou estabelecimentos militares fixos, (c) nenhum ato de hostilidade pode ser cometido pelas autoridades ou pela população e (d) nenhuma atividade pode ser realizada em apoio a operações militares.¹⁹⁰

Como no caso do artigo analisado acima, os artigos 8(2)(e) (iv) e (xii) fornecem proteção similar em conflitos armados não internacionais. No entanto, a doutrina sustenta que o delito previsto no artigo 8(2)(b) (v) também deve ser aplicado aos CANIs, recorrendo à jurisprudência de do caso *Tadić* para sustentar esta tese.¹⁹¹ Nesse caso, o TPII decidiu que um crime semelhante, previsto no artigo 3º do seu estatuto, seria aplicável tanto em conflitos armados

¹⁸⁶ ONU, Preparatory Committee Draft Statute, 15 June-17 July 1998, A/CONF.183/2/Add.1, p. 24. Disponível em: <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FCONF.183%2F2%2FAdd.1&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>> Acesso em: 21 set. 2022.

¹⁸⁷ Schabas, William. **The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute**. 2ª ed. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2016, p. 41.

¹⁸⁸ CICV, Hague Convention IV, 1907, article 25: “The attack or bombardment, by whatever means, of towns, villages, dwellings, or buildings which are undefended is prohibited.”

¹⁸⁹ Protocolo Adicional I, artigo 59: “É proibido as Partes em conflito atacar, por quaisquer meios, localidades não defendidas.”

¹⁹⁰ Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. 3ª ed. C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016. p 381.

¹⁹¹ Willmott, Deidre. **Removing the Distinction Between International and non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court**. Melbourne Journal of International Law, Vol. 5, 2004, p. 16. Disponível em: <https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0003/1680429/Willmott.pdf> Acesso em: 23 set. 2022.

internacionais como em não internacionais.¹⁹² Ademais, considerando que o CICV também já reconheceu que essa proibição tem caráter costumeiro em ambos os tipos de conflito,¹⁹³ não haveria motivo para não incluir a mesma previsão para CANIs.

4.3.4 Artigo 8(2)(b) (vii) uso indevido de bandeiras, emblemas e insígnias

Surpreendentemente, o crime de uso indevido de uma bandeira de trégua, da bandeira ou das insígnias e uniformes militares do inimigo ou das Nações Unidas, bem como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, que resulte em morte ou lesão corporal grave, previsto no artigo 8(2)(b) (vii), se aplica somente em CAIs. A proibição foi baseada no artigo 85(3) (f) do PA I, que considera tal conduta uma *grave breach*.¹⁹⁴

O uso impróprio de uma bandeira de trégua é muitas vezes rotulado como perfídia, pois explora a vulnerabilidade de um inimigo que se esforça para respeitar o DIH. Um exemplo da ocorrência de tal delito foi em julho de 2008, quando as forças armadas da Colômbia usaram o emblema da Cruz Vermelha como um ardil para ajudar a libertar a refém Ingrid Betancourt. O CICV condenou o uso indevido e o presidente Uribe mais tarde se desculpou.¹⁹⁵

Durante as negociações dos elementos deste crime de guerra, a Comissão Preparatória não limitou o âmbito de aplicação deste artigo para casos de perfídia, principalmente devido à oposição do CICV. O Comitê pretendia garantir que o mero uso indevido dos diferentes sinais também fosse coberto pelo artigo, desde que conduza a uma lesão ou morte de uma pessoa protegida.¹⁹⁶ Nesse sentido, os artigos 8(2)(b) (xi) e 8(2)(e) (ix) proíbem, de forma mais genérica, a morte ou lesão do inimigo de forma traiçoeira, respectivamente em conflitos armados internacionais e não internacionais.

¹⁹² TPII, Prosecutor v *Tadić* (No IT-94-1-AR72), Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995. para. 94.

¹⁹³ CICV, CIHL Database, Rule 37. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule37> Acesso em: 23 set. 2022.

¹⁹⁴ “Além das infrações graves definidas no Artigo 11, constituem infrações graves ao presente Protocolo os atos que se seguem, quando cometidos intencionalmente, em violação às disposições pertinentes do presente Protocolo, e causem a morte ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde: (...) f) fazer uso pífido, em violação ao Artigo 37, do emblema distintivo da Cruz Vermelha, do Crescente Vermelho ou do Leão e Sol Vermelhos, ou de outros emblemas protetores reconhecidos pelas Convenções ou pelo presente Protocolo.”

¹⁹⁵ Schabas, William. **The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute**. 2ª ed. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2016, p. 49.

¹⁹⁶ Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. 3ª ed. C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016. p 393.

Entretanto, o uso indevido de insígnias que cause lesão ou morte do inimigo só é criminalizado em CAIs pelo artigo 8(2)(b) (vii). É interessante notar que essa assimetria existe apesar de o uso indevido do emblema da Cruz Vermelha em CANIs ser proibido pelo artigo 12 do Protocolo Adicional II.¹⁹⁷ Ademais, segundo o CICV, essa proibição pode ter caráter costumeiro em CANIs desde que as partes usem uniformes.¹⁹⁸ Dessa forma, argumenta-se que o uso indevido de bandeiras de trégua ou do emblema da ONU em conflitos armados não internacionais seria igualmente culpável se seu uso indevido resultasse em morte ou ferimentos graves.¹⁹⁹

4.3.5 Artigo 8(2)(b) (xx) uso de armas e métodos de guerra que possam causar sofrimento desnecessário

O Artigo 8(2)(b) (xx) proíbe apenas em CAIs o uso de armas, projéteis, materiais e métodos de guerra que por sua natureza possam causar danos supérfluos ou sofrimento desnecessário. Os artigos 8(2)(e) (xiii), (xiv) e (xv) do Estatuto de Roma proíbem respectivamente o uso de armas envenenadas, gases asfixiantes e balas expansivas em CANIs, porém a proibição geral do artigo 8(2)(b) (xx) só foi prevista para CAIs.

Esta é outra disposição que não tem nenhuma razão lógica para não ser aplicável também nos CANIs. Conforme a Cruz Vermelha, essa proibição é aplicável tanto em CAIs quanto em CANIs, segundo o DIH costumeiro.²⁰⁰ Além disso, em relação ao uso de armas proibidas, o TPII entendeu no caso *Tadić* que “o que é desumano, e conseqüentemente proibido,

¹⁹⁷ Protocolo Adicional II, artigo 12: “Sob o controle da autoridade competente apropriada, o emblema distintivo da Cruz Vermelha, do Crescente Vermelho ou do Leão e Sol Vermelhos sobre fundo branco será ostentado tanto pelo pessoal sanitário religioso quanto pelas unidades e meios de transporte sanitários. Esse emblema deverá ser respeitado em todas as circunstâncias. Não deverá ser utilizado indevidamente.”

¹⁹⁸ CICV, CIHL Database, Rule 62: Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule62#:~:text=international%20armed%20conflicts-.Rule%2062.,of%20the%20adversary%20is%20prohibited> Acesso em: 23 set. 2022.

¹⁹⁹ Willmott, Deidre. **Removing the Distinction Between International and non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court**. Melbourne Journal of International Law, Vol. 5, 2004, p. 17. Disponível em: <https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0003/1680429/Willmott.pdf> Acesso em: 23 set. 2022.

²⁰⁰ CICV, CIHL Database, Rule 70: Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule70#:~:text=Examples-.Rule%2070.,or%20unnecessary%20suffering%20is%20prohibited.> Acesso em 23 set. 2022.

em conflitos internacionais, não pode deixar de ser desumano e inadmissível em conflitos não internacionais.”²⁰¹

Diversas convenções modernas sobre armas não fazem distinção entre conflitos armados internacionais e não internacionais, como a Convenção sobre Armas Biológicas, a Convenção sobre Armas Químicas e a Convenção de Ottawa, que proíbe as minas terrestres antipessoais.²⁰² Uma vez que as proibições específicas dos artigos 8(2)(e) (xiii), (xiv) e (xv) foram adicionadas há mais de dez anos, na Conferência de Revisão de Kampala em 2010,²⁰³ representando um grande avanço em termos de proteção, sugere-se que a proibição geral do artigo 8(2)(b) (xx) também deveria ser estendida aos CANIs.

4.3.6 Artigo 8(2)(b) (xxiii) escudos humanos

Outro artigo relevante previsto apenas para conflitos internacionais é o 8(2)(b) (xxiii), que proíbe a utilização de escudos humanos. A utilização da presença de um civil ou outra pessoa protegida para tornar áreas ou forças militares imunes a operações militares é proibida no Protocolo Adicional I, aplicável em CAIs, porém, esta disposição não foi replicada no Protocolo Adicional II, aplicável em CANIs.²⁰⁴

Essa proibição é baseada no princípio da distinção entre civis e militares, sendo que o que difere a conduta de utilizar escudos humanos de uma simples violação do princípio da precaução é se o defensor mistura as forças militares e a população civil por um desejo de obter proteção para suas forças e objetivos militares ou simplesmente por falta de cuidado com a

²⁰¹ “What is inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife”. TPII, Prosecutor v *Tadić* No IT-94-1-AR72, *Op Cit*, (2 October 1995). para. 119. (Tradução nossa).

²⁰² Willmott, Deidre. **Removing the Distinction Between International and non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court**. Melbourne Journal of International Law, Vol. 5, 2004, p. 11-2. Disponível em: <https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0003/1680429/Willmott.pdf> Acesso em: 23 set. 2022.

²⁰³ ONU, Amendments to article 8 of the Rome Statute, RC/Res.5. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.5-ENG.pdf>> Acesso em: 27 set. 2022.

²⁰⁴ Protocolo Adicional I, artigo 51(7): “A presença da população civil ou de pessoas civis ou seus movimentos não poderão ser utilizados para colocar certos pontos ou áreas a coberto de operações militares, em especial na tentativa de colocar a coberto de ataques os objetivos militares para resguardar, favorecer ou impedir operações militares. As Partes em conflito não poderão dirigir movimentos da população civil ou de pessoas civis na tentativa de colocar objetos militares.”

população civil.²⁰⁵ Ademais, segundo o CICV, a proibição do uso de escudos humanos tem caráter costumeiro tanto em conflitos internacionais como em não internacionais.²⁰⁶

Esse fato parece indicar que a assimetria em relação a esse crime já existia no DIH dos tratados e se refletiu no Direito Internacional Criminal no momento da elaboração do Estatuto de Roma, uma vez que, apesar do caráter costumeiro da proibição, não havia previsão do Protocolo Adicional II que proibisse especificamente essa conduta em CANIs. Embora o DIH forneça proteção geral a civis em CANIs,²⁰⁷ esta assimetria ainda é criticada e sugere-se que o delito específico de uso de escudos humanos também se aplique aos CANIs.²⁰⁸

4.3.7 Artigo 8(2)(b) (xxv) inanição como método de guerra

O último crime de guerra previsto apenas nos CAIs a ser analisado é o do artigo 8(2)(b) (xxv), que proíbe a inanição como método de guerra. Em um conflito armado, a fome pode ser o resultado tanto de atos materiais, como o ataque a locais que guardam alimentos, plantações e infraestruturas para água potável, ou omissões, como impedir que a ajuda humanitária e de emergência seja prontamente entregue a civis em necessidade, negar o consentimento para suas operações ou impedir intencionalmente remessas de mantimentos.²⁰⁹

Estranhamente, encontramos essa assimetria, embora a inanição como método de guerra também seja proibida no Protocolo Adicional II.²¹⁰ Também é interessante notar que em 1997, o Comitê Preparatório do Estatuto de Roma havia produzido um projeto que incluía a “fome de

²⁰⁵ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. 369.

²⁰⁶ CICV, CIHL Database, Rule 97. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule97#:~:text=of%20human%20shields-.Rule%2097.,of%20human%20shields%20is%20prohibited.&text=Volume%20II%2C%20Chapter%2032%2C%20Section,and%20on%20international%20armed%20conflicts> Acesso em: 23 set. 2022.

²⁰⁷ Artigo 3º comum às Convenções de Genebra e artigo 13 do Protocolo Adicional II.

²⁰⁸ Willmott, Deidre. **Removing the Distinction Between International and non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court**. Melbourne Journal of International Law, Vol. 5, 2004, p. 17-8. Disponível em: <https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0003/1680429/Willmott.pdf> Acesso em: 23 set. 2022.

²⁰⁹ F. D’Alessandra, M. Gillettii. **The War Crime of Starvation in Non-International Armed Conflict**. Journal of International Criminal Justice, Volume 17, Issue 4, September 2019, Pages 815–847.

²¹⁰ Protocolo Adicional II, artigo 14: “É proibido utilizar contra os civis a fome como método de combate. É, portanto, proibido atacar, destruir, subtrair ou inutilizar com esse fim os bens indispensáveis a sobrevivência da população civil, tais como gêneros alimentícios e as zonas agrícolas que os produzem, as colheitas, o gado, as instalações e reservas de água potável e as obras de irrigação.”

civis” como crime em ambos os tipos de conflito.²¹¹ Além disso, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha considera que a “fome de civis” é proibida também em conflitos armados não internacionais, segundo o DIH costumeiro.²¹² Portanto, toda essa base legal e o anteprojeto do Estatuto de Roma sugerem que esse crime também seja adotado nos CANIs.²¹³

Em 2018, na décima sétima sessão da Assembleia dos Estados Partes do Estatuto de Roma, o Governo da Suíça propôs a inclusão da “fome de civis” como crime de guerra nos CANIs.²¹⁴ Com o apoio da doutrina²¹⁵ e de vários Estados Partes, foi criada uma reforma do artigo 8º do Estatuto de Roma para incluir o crime de inanição de civis nos CANIs. Até setembro de 2022, 10 países já ratificaram a emenda.²¹⁶

4.4 Possíveis causas da assimetria

Como desenvolvido no subcapítulo anterior, a assimetria dos crimes de guerra no TPI tem como causa um componente conceitual, causado pelas diferenças inerentes entre CAIs e CANIs e um componente político, ligado à vontade dos Estados de proteger sua soberania. Nesse sentido, a assimetria conceitual ocorre por conta de conceitos inaplicáveis aos conflitos não internacionais.

O conceito mais importante ausente nos CANIs é o de combatente. Desse conceito decorre a inaplicabilidade de regras para prisioneiros de guerra em conflitos não internacionais, tendo em vista que os membros de grupos armados podem ser processados pelo mero fato de

²¹¹ ONU, PrepCom, ‘Decisions Taken by the Preparatory Committee at its Session Held From 11 to 21 February 1997’, 12 March 1997, A/AC.249/1997/L.5. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/232615#record-files-collapse-header>> Acesso em 21 set. 2022.

²¹² CICV, CIHL Database, Rule 53. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule53#:~:text=that%20cause%20starvation-.Rule%2053.,method%20of%20warfare%20is%20prohibited> Acesso em: 23 set. 2022.

²¹³ Willmott, Deidre. **Removing the Distinction Between International and non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court**. Melbourne Journal of International Law, Vol. 5, 2004, p. 18. Disponível em: <https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0003/1680429/Willmott.pdf> Acesso em: 23 set. 2022.

²¹⁴ TPI, Assembly of State Parties, Report of the Working Group on Amendments ICC-ASP/17/35, 29 November 2018, p. 3. Disponível em: <https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP17/ICC-ASP-17-35-ENG.pdf> Acesso em 21 set. 2022.

²¹⁵ F. D’Alessandra, M. Gillettii. **The War Crime of Starvation in Non-International Armed Conflict**. Journal of International Criminal Justice, Volume 17, Issue 4, September 2019, Pages 815–847.

²¹⁶ ONU, Amendment to Article 8 of the Rome Statute of The International Criminal Court (Intentionally Using Starvation Of Civilians) The Hague, 6 December 2019. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-g&chapter=18&clang=en> Acesso em: 20 set. 2022.

participarem das hostilidades. Ademais, o conceito de ocupação só pode ocorrer em CAIs por depender da existência de dois Estados.

Por outro lado, a assimetria de crimes de guerra que seriam compatíveis em CANIs pode ter vários motivos. Em primeiro lugar, pode-se destacar que, por muito tempo, os crimes de guerra limitaram-se a *grave breaches* das Convenções de Genebra, conceito que só existe nas CAIs.²¹⁷ Ademais, em termos de direito escrito, os CANIs continuam a ser regidos exclusivamente pelo Artigo 3º Comum às Convenções de Genebra e pelo Protocolo Adicional II. Isso parece indicar que a assimetria nos crimes de guerra está relacionada com a assimetria nas regras escritas do DIH para CAIs e CANIs.

Apesar dessa assimetria no Direito Humanitário dos tratados, todas as proibições referentes aos delitos apresentados no subcapítulo 4.3 têm caráter costumeiro em CANIs, segundo o CICV: (dirigir ataques contra bens civis: regra 7; ataques desproporcionais: regras 14 e 45;²¹⁸ dirigir ataques contra objetos não militares indefesos: regra 37; uso indevido de bandeiras, emblemas e insígnias: regra 62;²¹⁹ uso de armas e métodos de guerra que possam causar sofrimento desnecessário: regra 70; escudos humanos: regra 97 e inanição como método de guerra: regra 53).²²⁰

Neste ponto, é importante mencionar que embora o uso do direito consuetudinário seja aceito no DIH, a falta de uma norma escrita previamente estabelecida é um problema para o DIC, dado o princípio da anterioridade da lei penal.²²¹ Portanto, a forma mais adequada de resolver ou, pelo menos, mitigar a assimetria encontrada nos crimes de guerra seria emendar o Estatuto de Roma, incluindo nos tipos penais selecionados sua aplicação nos CANIs ou em ambos os tipos de conflitos.²²²

²¹⁷ Cryer, Robert, Et al. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. 2ª ed. Cambridge University Press, New York, 2010, p. 276.

²¹⁸ Estados Unidos, França e Reino Unido são objetores persistentes. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule45> Acesso em 23 set. 2022.

²¹⁹ Pode-se argumentar que também deve ser aplicado em conflitos armados não internacionais quando as partes em conflito de fato usam uniformes.

²²⁰ CICV, Customary IHL Database. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>> Acesso em: 13 set. 2022.

²²¹ Cryer, Robert, Et al. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. 2ª ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 11.

²²² Willmott, Deidre. **Removing the Distinction Between International and non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court**. Melbourne Journal of International Law, Vol. 5, 2004. Disponível em: <https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0003/1680429/Willmott.pdf> Acesso em: 23 set. 2022.

Outro ponto a ser considerado é que a assimetria das normas escritas do DIH para CAIs e CANIs decorre da necessidade de afirmar a soberania dos Estados. Sassòli explica que as regras aplicadas aos CAIs são mais antigas e que, por muito tempo, os conflitos armados entre Estados foram vistos como uma forma legítima de organizar as relações internacionais. Por outro lado, as regras para conflitos armados não internacionais são muito mais recentes e sua aplicação tende a proteger os grupos armados que lutam contra o Estado, ameaçando sua soberania.²²³

Esse receio dos Estados em adotar regras para os CANIs pode ser visto nos “*travaux preparatoires*” do Artigo Comum 3º. Nessa oportunidade, um grupo de Estados entre os quais o Reino Unido, Canadá, Grécia e os EUA temiam que tal artigo pudesse abranger todas as formas de insurreição ou desordem civil, obrigando assim os governos a conceder *status* de beligerante para todos os rebeldes e limitar os Estados em seus meios legítimos de repressão.²²⁴

Um padrão similar ocorreu nas tratativas do Protocolo Adicional II. Na época, em 1974, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha apresentou um projeto de protocolo muito semelhante ao do Protocolo Adicional I. No entanto, por medo de reconhecer a legitimidade de grupos armados não estatais, vários países, inclusive os recém-independentes do sul global, votaram para simplificar o protocolo, retirando várias regras para a condução das hostilidades.²²⁵ Como resultado, o Protocolo Adicional II, que rege os conflitos armados não internacionais, tem apenas 28 artigos, enquanto o Protocolo Adicional I, feito para os conflitos armados internacionais, tem 102 artigos.

Esse mesmo receio pôde ser observado pelas delegações durante as negociações para a elaboração do Estatuto de Roma em 1995. Apesar dos avanços recentes no estabelecimento de crimes de guerra em CANIs realizados pelos Tribunais *Ad hoc*, algumas delegações expressaram sérias reservas quanto à possibilidade de cobertura de conflitos armados não internacionais e questionaram a coerência de tal abordagem com o princípio da complementaridade.²²⁶ Este medo dos Estados em reconhecer a legitimidade de grupos armados e criminalizar comportamentos que muitas vezes não têm uma base legal escrita

²²³ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 209/210.

²²⁴ La Haye, Eve. **War Crimes in Internal Armed Conflicts**. (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 40.

²²⁵ Sassòli, *op. cit.*, p. 216-7.

²²⁶ ONU, *Ad Hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court (Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of a Permanent International Criminal Court, GA 50th Sess (1995), UN doc. GAOR A/50/22), p. 17. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/b50da8/pdf/>> Acesso em: 20 set. 2022.

especificamente para CANIs, pode ter se refletido na assimetria dos crimes de guerra desde a Conferência de Roma.

Durante as negociações do Estatuto de Roma, as delegações de China, Síria, Emirados Árabes Unidos, Bahrein, Jordânia, Sudão, Índia e Turquia argumentaram pela exclusão dos crimes de guerra cometidos em CANIs da jurisdição do TPI. Tais Estados expressaram a visão de que a inclusão de tais crimes poderia resultar na interferência em assuntos internos dos países.²²⁷ Destes países, hoje apenas a Jordânia é parte do Estatuto de Roma.²²⁸ Ademais, conforme mencionado no subcapítulo 3.4.1, pode existir uma correlação entre Estados que não ratificaram nem PA II, nem o Estatuto de Roma, como Índia, Paquistão, Turquia e os EUA, por não quererem reconhecer regras do DIH mais protetivas em CANIs, nem crimes de guerra cometidos nesse tipo de conflito.

Dessa forma, diversas razões políticas podem ter ocasionado a assimetria nos crimes de guerra no TPI. Argumentos comuns expressados por diversas delegações incluem o receio de que o reconhecimento de crimes de guerra em CANIs poderia ocasionar interferências nos assuntos internos dos países, fortalecer grupos armados não estatais e ameaçar a soberania dos Estados, limitando seus meios de reprimir rebeliões contra o próprio governo.

4.5 Sugestões para mitigar a assimetria

Embora atualmente tenham diminuído as razões para diferenciar as normas dos conflitos armados internacionais e não internacionais, aproximando os dois regimes, não faria sentido uma transposição mecânica das normas dos CAIs para os CANIs.²²⁹ Levando isso em conta, uma solução possível seria que as mesmas regras se apliquem para ambos os tipos de conflito, exceto se as diferenças jurídicas entre os conflitos impedirem tal igualdade de tratamento.²³⁰ Este mesmo raciocínio pode ser utilizado com as normas do Direito Internacional Criminal para crimes de guerra. Portanto, sugere-se que o Estatuto de Roma seja emendado para incluir em CANIs os crimes apontados no subcapítulo 4.3.

²²⁷ La Haye, Eve. **War Crimes in Internal Armed Conflicts**. (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 164.

²²⁸ TPI, disponível em: <<https://asp.icc-cpi.int/states-parties>> Acesso em: 21 set. 2022.

²²⁹ Cryer, Robert, Et al. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. 2ª ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 278.

²³⁰ Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 225-6.

Nesse sentido, é importante esclarecer que não está a se sugerir uma criminalização de condutas de forma punitivista ou sem um critério estabelecido. Apesar das reservas que muitos Estados tiveram para aceitar um maior regramento dos CANIs, o DIH continua tendo a função de proteger as pessoas em um contexto humanitário nesse tipo de conflito. Com isso, o DIC reforça a aplicação do DIH através dos crimes de guerra,²³¹ estabelecendo a responsabilidade individual criminal de quem violar o Direito Humanitário. Da mesma forma, a existência de crimes de guerra em CANIs reforça as normas do DIH para esse tipo de conflito, cada vez mais comum atualmente.

Segundo o Preâmbulo do Estatuto de Roma, é um dos objetivos do Tribunal pôr fim à impunidade dos autores de crimes internacionais e contribuir para a prevenção de tais crimes. O Estatuto se refere claramente à função de prevenção da pena no Direito Internacional Criminal. Apesar de que essa teoria da pena sofra algumas críticas por nem sempre os agentes serem racionais ao ponto de deixar de praticar um delito por conta da possível punição, a dissuasão continua sendo importante para desencorajar violações do DIH pela ameaça de uma persecução penal.²³²

No passado, a ausência de aplicação do Direito Penal Internacional, e o pequeno número de infratores que os tribunais penais internacionais processaram, minimizaram o objetivo de dissuasão, pois as pessoas não achavam que seriam punidas.²³³ Esse é principalmente o caso com crimes de guerra, em que, conforme explicado no subcapítulo 3.1, por muito tempo só era prevista a responsabilidade estatal para esse tipo de violação. Segundo Cassese, antes do surgimento do Tribunal de Nuremberg, apenas oficiais de baixa patente eram eventualmente processados por crimes de guerra em seus próprios países. Foi a partir de 1945, que oficiais de alta patente passaram a ser responsabilizados internacionalmente por crimes de guerra.²³⁴

Com isso, a aplicação de crimes de guerra para reforçar o DIH é particularmente importante em conflitos não internacionais. A visão que prevaleceu por muito tempo foi a de que crimes de guerra cometidos em CANIs deveriam ser tratados como crimes domésticos e os perpetradores deveriam ser julgados por tribunais nacionais. A realidade mostrou, no entanto, que as graves violações do Direito Humanitário foram muitas vezes cometidas em grande

²³¹ Sassòli, *op. cit.*, p. 445.

²³² Melzer, Nils. **International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction**. Geneva: ICRC, 2016, p. 267. Disponível em: <<https://library.icrc.org/library/docs/DOC/icrc-4231-002-2019.pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

²³³ Cryer, Robert, Et al. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. 2ª ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 27.

²³⁴ Cassese, Antonio. **International Criminal Law**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 64.

escala. O fim das hostilidades muitas vezes testemunharia a ausência de quaisquer julgamentos dos infratores. O caráter grave das violações do DIH cometidas durante os conflitos não internacionais, juntamente com a ineficácia das jurisdições internas para lidar com esses crimes, exigem a aplicação do conceito de crimes de guerra em CANIs.²³⁵

Também não se olvida o princípio da complementaridade do TPI e que talvez seja preferível que crimes de guerra (e crimes internacionais) sejam julgados no próprio país em que ocorreu o delito. Dessa forma, o Poder Judiciário está mais perto do local do crime, facilitando as investigações e a produção probatória. Todavia, muitas vezes o próprio fato de um crime de guerra ter sido cometido no contexto de um conflito não internacional é um indicativo de que o sistema de justiça do país pode estar funcionando de forma precária.

Por vezes a própria ocorrência de um CANI desestabiliza o sistema judiciário de um Estado ao ponto de ele estar inabilitado de julgar o crime de guerra, tornando a ação do TPI ainda mais importante nesses casos.²³⁶ Como exemplo, os três primeiros casos a serem julgados pelo TPI envolveram situações em que ocorriam conflitos não internacionais e os Estados fizeram uma denúncia para que o Tribunal investigasse e julgasse, entre outros, crimes de guerra ocorridos no seu próprio território. Estes foram os casos da Uganda, República Democrática do Congo e da República Central Africana, entre 2003 e 2004.²³⁷

Outrossim, a tipificação em conflitos não internacionais dos crimes de guerra mencionados teria um efeito mesmo que o TPI não fosse acionado. No âmbito do Direito Internacional, uma vez ratificado pelos Estados, o tratado tem seu conteúdo inserido nos respectivos direitos internos.²³⁸ Apesar de o Estatuto de Roma não possuir nenhuma norma que determine expressamente sua implementação, o Professor Pablo Alflen defende que a exigência de implementação está implícita no próprio compromisso de cooperação com o TPI assumido pelos Estados-partes e no princípio da complementaridade. Mesmo que o Brasil ainda não tenha implementado o Estatuto de Roma, Alemanha, França, Canadá e Trinidad e Tobago são exemplos de sua implementação.²³⁹ Dessa forma, a tipificação em CANIs dos crimes de guerra

²³⁵ La Haye, Eve. **War Crimes in Internal Armed Conflicts**. (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 121.

²³⁶ *Ibid.*, p. 347.

²³⁷ Hassanein, A. S. **Self-referral of Situations to the International Criminal Court: Complementarity in Practice – Complementarity in Crisis**. *International Criminal Law Review*, 17(1), 107-134, 2017, p. 108.

²³⁸ Accioly, Hildebrando, et al. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. [e-book], p. 225.

²³⁹ Alflen, Pablo. **A implementação do estatuto de Roma no âmbito interno brasileiro ante as recentes movimentações no Tribunal Penal Internacional**. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 6, n. 2, p.

citados seria benéfica para a implementação do DIH ainda que o TPI não seja acionado, pois estimularia os Estados a reconhecer tais crimes na legislação interna.

“Não obstante o fato de que a aplicação da lei mais ampla do DIH ofereça maior proteção às pessoas afetadas pelo conflito armado, o mesmo não se verifica automaticamente em julgamentos penais internacionais”.²⁴⁰ O DIC busca criminalizar condutas que ameaçam valores em comum da humanidade, mas também busca garantir um julgamento justo para os acusados de cometer crimes internacionais. Dessa forma, emendar o Estatuto de Roma para incluir os crimes sugeridos parece ser uma solução que equilibra os objetivos do DIH e do DIC.

Com isso, outro argumento para a adição dos crimes de guerra indicados para CANIs, é o de que, ao mesmo tempo se estará fornecendo uma maior proteção para os envolvidos no conflito e garantindo uma acusação mais justa e precisa para os réus. As defesas de eventuais acusados poderão ter uma clareza maior da acusação, tendo um tipo penal específico no estatuto, do que se a acusação usasse uma fonte menos clara, advinda do direito costumeiro ou de um tipo penal mais vago. Ainda, comandantes militares poderão ter segurança jurídica, tendo mais certeza de quais condutas são permitidas e proibidas em conflitos não internacionais. Nesse sentido, se sugere que o Estatuto de Roma seja emendado para que os artigos 8(2)(b) (ii), (iv), (v), (vii), (xx), (xxiii) e (xxv) sejam aplicados em conflitos armados não internacionais.

379-398, jul./dez. 2009. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/841/848>> Acesso em 22 set. 2022.

²⁴⁰ “Notwithstanding the fact that application of the more extensive law of international armed conflict generally provides greater protection to those affected by armed conflict, the same does not automatically hold true during international criminal trials” Bartels, Rogier. **A Fine Line Between Protection And Humanisation: The Interplay Between The Scope Of Application Of International Humanitarian Law And Jurisdiction Over Alleged War Crimes Under International Criminal Law.** The Yearbook of International Humanitarian Law Volume 20. The Hague: Asser press, 2018, p. 22. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3207181>> Acesso em: 20 set. 2022. (Tradução nossa).

5 CONCLUSÃO

Pode-se dizer que o TPI avançou muito em termos de definição de crimes de guerra nos artigos 8(2)(c) e (e) do Estatuto de Roma. No entanto, como foi demonstrado, ainda existe uma assimetria entre os crimes de guerra cometidos nos CAIs e nos CANIs. Essa assimetria em muitos casos não se justifica pelas diferenças práticas entre os tipos de conflito, como a ausência do conceito de combatente e prisioneiro de guerra nos CAIs, por exemplo.

Durante este trabalho, buscou-se apresentar os motivos para a existência dessa assimetria entre os crimes de guerra cometidos em CAIs e CANIs. Para tal, foi necessário rememorar o desenvolvimento do Direito Humanitário e do Direito Internacional Criminal, além de compreender a relação que um tem com o outro.

Analisando o desenvolvimento do DIH, foi possível identificar uma dificuldade na elaboração de regras para conflitos armados não internacionais. Os principais tratados de Direito Humanitário, como as Convenções de Haia e de Genebra, foram feitos para conflitos internacionais, que eram mais comuns até meados do século XX. Durante a elaboração das Convenções de Genebra de 1949 já houve muita resistência das delegações para incluir apenas um artigo voltado para conflitos não internacionais.

No entanto, o Artigo Comum 3º foi um marco para o início da regulamentação dos CANIs. Durante a segunda metade do século XX esse tipo de conflito passou a ser mais comum e mais Estados passaram a ter considerações humanitárias, admitindo alguma regulamentação do DIH em conflitos não internacionais. Dessa forma, o segundo marco para a regulamentação dos CANIs foi a adoção do Protocolo Adicional II, em 1977.

O PA II foi muito importante para fornecer um regramento mais detalhado para conflitos não internacionais. Todavia, o protocolo sofreu algumas limitações. O PA II conta com apenas 28 artigos e só pode ser aplicado em um tipo específico de CANI em que o grupo armado que luta contra o Estado tem um nível de organização suficiente que o permita controlar parte do território e realizar operações militares. Ademais, o protocolo não teve ratificação universal.

Concluiu-se que os motivos que causaram a relutância dos Estados em possibilitar um maior regramento de conflitos não internacionais foram o receio de intervenção em assuntos internos e a ameaça da soberania por conceder mais direitos para grupos armados. Apesar de tal fato, o Direito Humanitário costumeiro se desenvolveu de tal forma a fornecer mais proteção em CANIs.

No terceiro capítulo do trabalho explorou-se o desenvolvimento do Direito Internacional Criminal. Foi estabelecido que esse ramo do direito criminaliza condutas que violam valores universais, tipificando crimes internacionais, além de garantir os direitos fundamentais dos eventuais acusados por tais crimes. Nesse sentido, o DIC se relaciona com o DIH estabelecendo a responsabilidade individual criminal dos seus violadores.

Com isso, o conceito de crime de guerra nada mais é do que uma violação grave do Direito Humanitário expressamente criminalizada pelo Direito Internacional Criminal. Os crimes de guerra são muito antigos, todavia, por muito tempo foi considerado que eles só poderiam ocorrer em conflitos internacionais. Se considerava que crimes de guerra só poderiam ocorrer em *grave breaches* do DIH, conceito existente somente em CAIs.

Esse era o contexto em 1945, durante a criação do Tribunal de Nuremberg. Tal ocorrência foi um marco para o Direito Internacional Criminal por ser a primeira vez que a responsabilidade individual criminal foi estabelecida para crimes internacionais, dentre eles os crimes de guerra. No entanto, o tribunal não deixou de ser criticado. Foi apontado que o fato de o tribunal ter sido criado após o cometimento dos delitos, violaria o princípio da não retroatividade da lei penal, além do aspecto da “justiça dos vitoriosos”, já que diversos crimes cometidos pelos Aliados não foram julgados.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia foi outro marco na história do Direito Internacional Criminal. O conflito complexo no contexto da desintegração da ex-república soviética gerou conflitos internacionais e não internacionais, onde foram cometidos diversos crimes. No caso *Tadić*, o primeiro a ser julgado pelo tribunal, foi decidido que crimes de guerra podem ocorrer em CANIs. A decisão foi revolucionária, no entanto, também não deixou de ser criticada, pois o uso do direito costumeiro para estabelecer responsabilidade criminal pode violar a legalidade penal, tendo em vista que não havia uma previsão específica de crimes de guerra em CANIs no estatuto do Tribunal.

O segundo Tribunal *Ad hoc* criado pelo Conselho de Segurança da ONU foi em Ruanda, em 1994. Nesse contexto estava mais claro que se tratava de um conflito não internacional entre as duas principais etnias do país. Dessa forma, o estatuto do TPIR foi o primeiro a prever expressamente crimes de guerra em CANIs. Tal fato representou um avanço em relação ao TPII, que precisou utilizar do direito costumeiro para tal. No entanto, a experiência dos Tribunais *Ad hoc*, apesar de seus avanços, ainda se mostrou imperfeita pelo próprio fato de os tribunais terem sido criados após os crimes que seriam julgados.

O próximo marco do Direito Internacional Criminal foi a criação do TPI, em 1998. Como uma corte permanente e com jurisdição prospectiva, parte das críticas aos Tribunais *Ad hoc* foram superadas. Ademais, o Estatuto de Roma apresenta uma lista detalhada de crimes de guerra em conflitos não internacionais, conceito que passou a ser mais aceito neste ponto de evolução do DIC.

No entanto, ainda existe uma assimetria entre os crimes de guerra cometidos entre CAIs e CANIs. Identificou-se que parte do motivo para essa assimetria decorre de razões conceituais de impossibilidade de aplicação de conceitos de conflitos internacionais para não internacionais. Esse é o caso dos artigos 8(2)(b) (vi - ataques contra combatentes rendidos); (viii - transferência forçada de civis em território ocupado); (xiv - suspensão de direitos de nacionais da parte hostil) e (xv - obrigar os nacionais da parte hostil a participar de operações de guerra contra seu próprio país).

Por outro lado, também identificou-se que existem diversos crimes de guerra que poderiam ser aplicados em conflitos não internacionais, como os descritos nos artigos 8(2)(b) (ii - dirigir ataques contra bens civis); (iv - ataques desproporcionais); (v dirigir ataques contra objetos não militares indefesos); (vii - uso indevido de bandeiras, emblemas e insígnias); (xx - uso de armas e métodos de guerra que possam causar sofrimento desnecessário); (xxiii - escudos humanos) e (xxv - inanição como método de guerra).

Analisando os trabalhos preparatórios para o Estatuto de Roma, foi observado que a assimetria de crimes de guerra que poderiam ser aplicados em CANIs ocorreu por motivos similares aos da assimetria entre as regras do DIH dos tratados para conflitos internacionais e não internacionais. Os Estados tendem a ter uma resistência de reconhecer crimes de guerra em CANIs, pois tal fato limita seu poder de reprimir grupos armados que ameaçam a soberania do próprio Estado.

Todavia, se argumenta que atualmente essa justificativa não é válida para deixar de reconhecer a aplicação de crimes de guerra em CANIs. Os Estados devem agir dentro da legalidade inclusive quando lidam contra grupos armados. Dessa forma, a aplicação de crimes de guerra em conflitos não internacionais reforça a proteção fornecida pelo DIH neste tipo de conflito. Outrossim, a tipificação de crimes de guerra em CANIs pode fornecer uma acusação mais justa e precisa para eventuais acusados, fornecendo mais segurança jurídica.

Diante do exposto, esse trabalho sugere que o Estatuto de Roma seja emendado para que os crimes descritos nos artigos 8(2)(b) (ii - dirigir ataques contra bens civis); (iv - ataques

desproporcionais); (v - dirigir ataques contra objetos não militares indefesos); (vii - uso indevido de bandeiras, emblemas e insígnias); (xx - uso de armas e métodos de guerra que possam causar sofrimento desnecessário); (xxiii - escudos humanos) e (xxv - inanição como método de guerra), sejam aplicados em conflitos armados não internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Accioly, Hildebrando, et al. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. [e-book].

Akande, Dapo. **Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts in E Wilmshurst** (ed), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford Legal Studies Research Paper No 50/2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2132573>> Acesso em: 20 set. 2022.

Alflen, Pablo. **A implementação do estatuto de Roma no âmbito interno brasileiro ante as recentes movimentações no Tribunal Penal Internacional**. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 379-398, jul./dez. 2009. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/841/848>> Acesso em 22 set. 2022.

Ambos, Kai. **Treatise on International Criminal Law Volume I: Foundations and General Part**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Bartels, Rogier. **A Fine Line Between Protection And Humanisation: The Interplay Between The Scope Of Application Of International Humanitarian Law And Jurisdiction Over Alleged War Crimes Under International Criminal Law**. *The Yearbook of International Humanitarian Law Volume 20*, The Hague: Asser press, 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3207181>> Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça**, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm> Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Decreto nº 42.121, de agosto de 1957. Promulga as Convenções de Genebra de 1949. **Convenções de Genebra**, 1949. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-42121-21-agosto-1957-457253-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Decreto nº 592, de julho de 1992. Promulga o **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 21 set. 2022.

_____. Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949. **Protocolos Adicionais I e II**, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0849.htm> Acesso em: 20 set. 2022.

_____. 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: 19 set. 2022.

_____. Decreto nº 7.030 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 20 set. 2022.

Cassese, Antonio. **International Criminal Law**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV), Commentary GC I, 2016. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC>> Acesso em: 21 set. 2022.

_____. Commentary on the Additional Protocol II, 1987. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=15781C741BA1D4DCC12563CD00439E89>> Acesso em: 21 set. 2022.

_____. Customary IHL Database Rules 7, 14, 37, 45, 53, 62, 70 and 97. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>> Acesso em: 13 set. 2022.

_____. **Hague Convention IV, 1907**. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195>> Acesso em 21 set. 2022.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ), Nicaragua v. United States, Judgment of 27 June 1986. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

Cryer, Robert, Et al. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. 2ª ed. New York: Cambridge University Press, 2010.

Dinstein, Yoram. **Non-International Armed Conflicts in International Law**. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

Doria, J., Gasser, H., & Bassiouni, M. C. (Eds.). **The Legal Regime of the International Criminal Court**. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2009.

Dörmann, Knut. **War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes**, in A. von Bogdandy, Rudiger Wolfrum (eds.). Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 7, 2003. Disponível em: <https://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_doermann_7.pdf> Acesso em: 21 set. 2022.

F. D'Alessandra, M. Gillettii. **The War Crime of Starvation in Non-International Armed Conflict**. Journal of International Criminal Justice, Volume 17, Issue 4, September 2019, Pages 815–847.

Gaeta, Paola. **Serious violations of the law on the conduct of hostilities: A neglected class of war crimes?**, in Pocar, Fausto; Pedrazzi, Marco; Frulli, Micaela (eds), War Crimes and the Conduct of Hostilities. Edward Elgar Publishing. 2013.

Gallant, K. **The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law** (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press. 2009.

Geneva Academy. **The Rule of Law in Armed Conflicts project (RULAC)**. Disponível em: <<https://www.rulac.org/>> Acesso em: 26 set. 2022.

Hassanein, A. S. **Self-referral of Situations to the International Criminal Court: Complementarity in Practice – Complementarity in Crisis**. *International Criminal Law Review*, 17(1), 2017, p. 107-134.

Jean-Marie Henckaerts. **History and Sources in** Ben Saul and Dapo Akande (Eds). *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*. Oxford: Oxford University Press. 2020.

Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck. **Customary International Law, Vol. I: Rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

La Haye, Eve. **War Crimes in Internal Armed Conflicts**. (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. [*e-book*].

_____. **A Importância do Tribunal Penal Internacional para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. *Revista Jurídica da UNIGRAN*, Dourados/MS, v. 6, n. 11, p. 167 – 182, jan./jul. 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/a_pdf/mazzuoli_importancia_tpi.pdf> Acesso em: 22 set. 2022.

Melzer, Nils. **International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction**. Geneva: ICRC, 2016. Disponível em: <<https://library.icrc.org/library/docs/DOC/icrc-4231-002-2019.pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

MOSCOW, Declaration on atrocities, 1943. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/3c6e23/pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), *Ad Hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court (Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of a Permanent International Criminal Court, GA 50th Sess (1995), UN doc. GAOR A/50/22). Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/b50da8/pdf/>> Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Amendment to Article 8 of the Rome Statute of The International Criminal Court (Intentionally Using Starvation Of Civilians) The Hague, 6 December 2019. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-g&chapter=18&clang=en> Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Doc. A/AC.249/1997/WG.1/DP.1. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/c5359c/>> Acesso em: 27 set. 2022.

_____. Doc. A/AC.249/1997/WG.1/DP.2. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/7ba0b8/>> Acesso em 27 set. 2022.

_____. PrepCom, 'Decisions Taken by the Preparatory Committee at its Session Held From 11 to 21 February 1997', 12 March 1997, A/AC.249/1997/L.5. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/232615#record-files-collapse-header>> Acesso em 21 set. 2022.

_____. Preparatory Committee Draft Statute, 15 June-17 July 1998, A/CONF.183/2/Add.1. Disponível em: <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FCONF.183%2F2%2FAdd.1&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>> Acesso em: 21 set. 2022.

_____. Resolution 955, 1994: **Statute of the International Tribunal for Rwanda**. UN Doc. S/RES/955, Annex. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/198038>> Acesso em: 21 set. 2022.

_____. Resolution 1877, 2009: **Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia**. Disponível em: <https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf> Acesso em: 21 set. 2022.

Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. 3^a ed. C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016.

Sassòli, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

Sassòli, M., & Olson, L. **The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case**. International Review of the Red Cross, 82(839), 733-769, 2000.

Schabas, William. **An Introduction to the International Criminal Court**. 4^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

_____. **The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute**. 2^a ed. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2016.

_____. **The UN international criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI), Assembly of State Parties, Report of the Working Group on Amendments ICC-ASP/17/35, 29 November 2018. Disponível em: <https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP17/ICC-ASP-17-35-ENG.pdf> Acesso em 21 set. 2022.

_____. Elements of Crimes. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>> Acesso em: 21 set. 2022.

_____. Office of the Prosecutor, Letter concerning communication on the situation in Iraq, The Hague, 9 February 2006. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf> Acesso em: 18 set. 2022.

_____. Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities, 12 November 2015, paras. 68-71. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Eng.pdf>> Acesso em: 08 set. 2022.

_____. Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia, 6 November 2014, para. 103. Disponível em: <[https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Eng.pdf)> Acesso em: 11 set. 2022.

_____. Prosecutor v. Bemba (ICC-01/05-01/08), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, 15 June 2009. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_04528.PDF> Acesso em: 21 set. 2022.

_____. Prosecutor v. Lubanga (ICC-01/04-01/06), Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber, 29 January 2007. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_02360.PDF> Acesso em: 21 set. 2022.

_____. Prosecutor v. Lubanga (ICC-01/04-01/06-8), Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Pre-Trial Chamber, 10 February 2006. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/af6679/pdf/>> Acesso em: 22 set. 2022.

_____. Prosecutor v. Lubanga, (ICC-01/04-01/06), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber, 14 March 2012. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF> Acesso em: 21 set. 2022.

_____. Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya' (ICC-01/09-19), Pre-Trial Chamber, (31 March 2010). Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2010_02409.PDF> Acesso em: 22 set. 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA IUGOSLÁVIA (TPII), Prosecutor v Ramush Haradinaj, (IT-04-84-T), Judgment, Trial Chamber, 3 April 2008. Disponível em: <<https://www.icty.org/x/cases/haradinaj/tjug/en/080403.pdf>> Acesso em: 23 set. 2022.

_____. Prosecutor v *Tadić* (IT-94-1-AR72), Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995. Disponível em: <<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>> Acesso em 23 set. 2022.

_____. Prosecutor v *Tadić* (IT-94-1-T), Judgment, Trial Chamber (7 May 1997). Disponível em: <<https://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>> Acesso em: 23 set. 2022.

_____. Prosecutor v. Tadić (IT-94-1-A) Judgment Appeals, Appeals Chamber, Merits, 15 July 1999. Disponível em: <<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> Acesso em: 23 set. 2022.

Vité, Sylvain. **Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations.** International Review of the Red Cross, 91(873), 69-94, 2009.

Willmott, Deidre. **Removing the Distinction Between International and non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court.** Melbourne Journal of International Law, Vol. 5, 2004. Disponível em: <https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0003/1680429/Willmott.pdf> Acesso em: 23 set. 2022.

ANEXO A - ARTIGO 8 DO DECRETO N° 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002.

Artigo 8º Crimes de Guerra:

1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

i) Homicídio doloso;

ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;

iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;

iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;

v) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;

vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;

vii) Deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade;

viii) Tomada de reféns;

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja bens que não sejam objetivos militares;

iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados;

iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa;

v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares;

vi) Matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido;

vii) Utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves;

viii) A transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território;

ix) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

x) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou coloquem seriamente em perigo a sua saúde;

xi) Matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo;

xii) Declarar que não será dado quartel;

xiii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões sejam imperativamente determinadas pelas necessidades da guerra;

xiv) Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga;

xv) Obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra;

xvi) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto;

xvii) Utilizar veneno ou armas envenenadas;

xviii) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo;

xix) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões;

xx) Utilizar armas, projéteis; materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis, materiais e métodos de combate sejam objeto de uma

proibição geral e estejam incluídos em um anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121 e 123;

xxi) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

xxii) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea *f*) do parágrafo 2º do artigo 7º, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave às Convenções de Genebra;

xxiii) Utilizar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;

xxv) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, inclusive, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra;

xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:

i) Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura;

ii) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

iii) A tomada de reféns;

iv) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis.

d) A alínea *c*) do parágrafo 2º do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante;

e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos:

i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como ao pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis;

iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

v) Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto;

vi) Cometer atos de agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea *f* do parágrafo 2º do artigo 7º; esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra;

vii) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

viii) Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas;

ix) Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante;

x) Declarar que não será dado quartel;

xi) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar nem sejam efetuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo;

xii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam;

f) A alínea *e*) do parágrafo 2º do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.

3. O disposto nas alíneas *c*) e *e*) do parágrafo 2º, em nada afetarà a responsabilidade que incumbe a todo o Governo de manter e de restabelecer a ordem pública no Estado, e de defender a unidade e a integridade territorial do Estado por qualquer meio legítimo.

**ANEXO B – ALTERAÇÃO DO ARTIGO 8º. CONFERÊNCIA DE REVISÃO DE
KAMPALA DE 2010:**

Aditar à alínea e) do n.º 2 do artigo 8.º o seguinte:

“(xiii) Utilizar veneno ou armas envenenadas;

(xiv) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou similares ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo;

(xv) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões.”